Die Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Adolf J. L. Jeß
aus Gut Flehm in Ost-Holstein,
Referendar

Marburg i. H.
Buchdruckerei Chr. Schaaf, Druck wissenschaftlicher Werke
1916

Referent: Prof. Dr. Franz Leonhard.

Meinen lieben Eltern

Disposition.

Einleitung.

A. Die allgemeine Sorgfaltsobliegenheit.

B. Die heute geltende Sorgfaltsobliegenheit und unsere eigene Stellungnahme zu der in § 5 genannten Frage.

I. Die im Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich geregelte Sorgfaltsobliegenheit.

II. Das Problem der Erweiterung und Fortbildung singulärer Vorschriften im Wege der extensiven Interpretation und im Wege des analogischen Verfahrens.

III. Die Nutzanwendung unserer Ansicht auf die singuläre Vorschrift des § 776.

Einleitung.

§ 1.

Der Begriff „Obliegenheit".

Die prinzipielle Freiheit des Bürgschaftsgläubigers, mit seiner Forderung gegen den Hauptschuldner und mit den etwa vorhandenen Nebenrechten[1]) nach Belieben zu verfahren, findet eine natürliche Beschränkung dadurch, daß der Bürge — infolge seines Eintrittsrechts in die Rechte des Gläubigers nach §§ 774 mit 401, 412 BGB. — an der Werterhaltung der Rechte ein schutzwürdiges Interesse nimmt.

I. Hier nun wäre es, rechtspolitisch betrachtet, denkbar, daß das Gesetz dem interessierten Bürgen unmittelbar einen klagbaren Anspruch gegen den Gläubiger zuspräche — gerichtet auf Erhaltung der Rechte in ungeschmälertem Werte, und daß es also auf diese Weise die Freiheit des Gläubigers beschränken würde.

Solchenfalls könnte es sich, anlangend die Rechtslage des Gläubigers, offenbar nur um eine „Verpflichtung" handeln, auf Grund deren er dem Bürgen schadensersatzpflichtig werden würde, sollte er ihr, der Verpflichtung, zuwider handeln.

Eine andere Möglichkeit ist die, daß das Gesetz einen klagbaren Anspruch nicht gibt; eine Gebundenheit des Bürg-

1) Über den Begriff der Nebenrechte vergl. auch im § 2 der Darstellung unter I.

schaftsgläubigers könnte auch dadurch herbeigeführt sein, daß ihm für den Fall der Wertbeeinträchtigung ein Nachteil angedroht wird, der nicht in einer Schadensersatzpflicht besteht, und daß dem interessierten Bürgen irgend ein Vorteil gewährleistet wird, der nicht in einem klagbaren Schadensersatzanspruch besteht.

Auf die zuletzt besprochene Art und Weise wird das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen durch das Bürgerliche Gesetzbuch geregelt. In der späterhin noch häufig zu nennenden Bestimmung des § 776 BGB. bindet das Gesetz den Gläubiger mittelbar gegenüber dem Bürgen, die mit der Hauptforderung verbundenen Vorzugsrechte, Hypotheken usw. nicht aufzugeben, indem es ihm nämlich mit dem Nachteil der Befreiung des Bürgen droht, wie es diese dem Bürgen andererseits als Vorteil in Aussicht stellt; — davon, daß der Bürge einen Schadensersatzanspruch gegen den Gläubiger erhalte, ist nicht die Rede.

Somit ist es also unrichtig, wenn man im Hinblick auf die Vorschrift des § 776 bisher von einer Sorgfaltspflicht des Bürgschaftsgläubigers hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Rechte gesprochen hat. Es handelt sich nicht um eine wirkliche Verpflichtung des Gläubigers. Wir wollen es fortan vielmehr richtiger mit „Obliegenheit“ (des Bürgschaftsgläubigers) bezeichnen, — einem noch ungewohnten, neuen technischen Ausdruck, der in jüngster Zeit, sehr vereinzelt freilich nur, verwendet wird[1]). — Um eine „Obliegenheit“, nicht um eine „Verpflichtung“ handelt es sich vergleichsweise auch im § 377 HGB. für den Käufer; in den §§ 1194 Abs. 2, 2005, 2006 BGB. und § 27 HGB. für den Erben (in § 16 des Privat-Versicherungs-Vertrags-Gesetzes für den Versicherungsnehmer) usw.

---

1) Vergl. Wolff, Priv.-Vers.-Recht in Holtzendorff-Kohlers Encyclopädie Bd. I S. 430 unter Bem. 3; und Priv.-Vers.-Vertrags-Gesetz v. 30. Mai 08 § 6 mit § 16 z. B.

II. Was wir darunter, unter jenem Ausdruck „Obliegenheit", nicht verstehen, ergibt das Vorhergehende. Nicht haben wir es, um es zu wiederholen, mit einer Gebundenheit des Bürgschaftsgläubigers (des Käufers, des Erben usw.) gegenüber einer anderen klagberechtigten Person zu tun („Verpflichtung").

Es bleibt übrig, den Begriff der Obliegenheit positiv zu bestimmen; — er ist, wie sich später zeigen wird, nicht ohne praktische Bedeutung.

Kurz gefaßt, verstehen wir darunter: Eine Gebundenheit des Bürgschaftsgläubigers usw. nur sich selbst gegenüber (infolge eines ihm gesetzlich angedrohten Nachteils, der nicht in einer Schadensersatzpflicht besteht). Ist ein Verschulden des Bürgschaftsgläubigers usw. Voraussetzung für den Eintritt des gesetzlich angedrohten Nachteils, so läßt sich mithin von einem „Verschulden in eigenen Angelegenheiten", im Gegensatz zu einem Verschulden gegenüber einer anderen Person sprechen[1]).

Den Begriff der Obliegenheit in einem doppelten Sinn zu verstehen, in dem weiteren Sinn: jeder Gebundenheit, Last; und in dem engeren Sinne: der Gebundenheit sich selbst gegenüber[2]), sodaß man also sagen müßte: Jede „Verpflichtung" ist zugleich eine Obliegenheit (Obliegenheit im weiteren Sinne); aber nicht jede Obliegenheit ist eine Verpflichtung, — ist zwar denkbar aber weniger einfach. Täte man es gleichwohl, so würde es sich also in § 776 um eine Obliegenheit im engeren Sinn handeln.

Siber, der wohl das Wesen der von uns sogenannten Obliegenheit zuerst erkannt und beschrieben hat[3]), ohne freilich

---

1) Vergl. wiederum Wolff a. a. O.

2) So anscheinend Wolff.

3) Vergl. Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, — seine Ausführungen unter § 7.

diesen Ausdruck zu benutzen[1]), sucht den Gegensatz zwischen „Verpflichtung“ und „Obliegenheit“ noch dadurch zu unterstreichen, daß er sagt: Bei der letzteren bestehe nicht einmal ein klagloses Sollen, eine Schuld im germanischen Sinne; das Gesetz habe nichts dagegen einzuwenden, wenn der Gläubiger seine Nebenrechte zu ungunsten des Bürgen aufgebe (§ 776 BGB.), wenn der Käufer keine Mängelrüge erhebe (§ 377 HGB.) usw.[2]). Wir tragen Bedenken, dem beizupflichten. Soll man auch annehmen, daß das Gesetz nichts einzuwenden habe gegen den „inventarfälschenden“ oder „offenbarungseidessäumigen“ Erben (§§ 2005, 2006 BGB.)? Und auch in den anderen Fällen, des § 776 BGB. vornehmlich, dann der §§ 377 HGB., 1994 Abs. 2 BGB. usw., scheint uns das Interesse des Gesetzgebers an einem bestimmten Verhalten des Gläubigers, Käufers, unverkennbar zum Ausdruck zu kommen durch die Androhung eines jedesmals ziemlich empfindlichen Nachteils. Freilich mag das Interesse ein noch größeres sein, wenn das Gesetz eine „Verpflichtung“ statuiert.

§ 2.

Der Begriff „Wahrnehmung von Rechten“.

Noch ein zweiter für unsere späteren Ausführungen und für die Bestimmung des § 776 wichtiger Begriff muß einer kurzen Erörterung unterzogen werden: Was wird unter „sorgfältiger Wahrnehmung von Rechten“ verstanden?

I. „Rechte“ zunächst, sind Haupt- oder Nebenrechte.

---

1) Siber schlägt vor, von „Pflicht“ zu sprechen, im Gegensatz zur echten „Verpflichtung“ gegenüber einer anderen Person; — zwei Ausdrücke, die sich wegen ihrer Ähnlichkeit und weil sie bisher nicht in verschiedenem Sinn verstanden wurden, nicht empfehlen dürften.

2) Vergl. Siber auf S. 40.

Das Hauptrecht ist die persönliche Forderung des Gläubigers gegen seinen Schuldner, — gerichtet auf ein dare, restituere, facere oder praestare.

Nicht selten stehen ihm (dem Gläubiger) — gegen den persönlichen Schuldner oder gegen andere Personen; auf Grund Vertrages oder Gesetzes — accessorische Liegenschafts- oder Mobiliar-Pfandrechte, Vorzugsrechte im Konkurs, ein Recht aus einer Vormerkung, ein Anspruch auf Vertragsstrafe u. dergl. neben der Forderung zu. Diese Rechte bezeichnen wir im Anschluß an E. I § 297 Satz 2 als „Nebenrechte".

II. Die Rechte „sorgfältig wahrnehmen", wie sodann es heißt, bedeutet nichts anderes, als: Die Werterhaltung, Verwertbarkeit, der Rechte — welcher Art diese nun sein mögen — durch ein gewisses aufmerksames, sorgsames Verhalten sichern und gewährleisten.

In diesem Sinne wird im Hinblick auf die Bestimmung des § 776 BGB. und seine Entstehungsgeschichte kurz von einer (mehr oder weniger umfassenden) Sorgfalts- oder Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen gesprochen. Auch wir werden diesen, sogleich begrifflich noch eingehender zu besprechenden Ausdruck verwenden, — freilich unter der Abänderung in „Sorgfalts-Obliegenheit".

Wie sich von selbst versteht, kann ein Gläubiger, theoretisch betrachtet, sowohl durch positive Tätigkeit, wie auch durch ein Unterlassen konträrer, den Wert seiner Rechte beeinträchtigender Handlungen bekunden, daß er für die Werterhaltung der Rechte Sorge trägt. Und umgekehrt ist es begrifflich denkbar, daß man sich hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Rechte nachlässig zeigt nicht allein durch ein Unterlassen wertsichernder Handlungen, sondern auch durch positive Tätigkeit[1]).

---

1) Vergl. auch die Ausführungen im folgenden § der Darstellung.

§ 3.

Der Begriff „Sorgfaltsobliegenheit des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen".

III. Der Begriff der Sorgfaltsobliegenheit des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem an der Werterhaltung aller Gläubigerrechte interessierten[1]) Bürgen, als solcher, ohne Ansehung und Rücksichtnahme auf das geltende Recht (§ 776 BGB.) oder auf frühere Rechte, ist ein relativer; die Sorgfaltsobliegenheit kann nach Art und Umfang sehr verschiedenen Inhalts sein.

Mit Rücksicht auf unsere späteren Ausführungen — gleichsam um den Spielraum anzugeben, in dem sie sich bewegen werden —, verlohnt es, verschiedene Möglichkeitstypen kurz zu skizzieren.

1. Möglicherweise bezieht sich die Sorgfaltsobliegenheit des Bürgschaftsgläubigers nur auf die etwa vorhandenen Nebenrechte des Gläubigers, — auf alle oder nur auf die häufigeren Nebenrechte, wie Liegenschafts- und Mobiliar-Pfandrechte, Vorzugsrechte, Rechte gegen Mitbürgen; auf die bereits bestehenden oder auch auf solche Nebenrechte, die erst in der Entstehung begriffen sind, deren endgültiges Bestehen auf früher oder später in Aussicht steht.

a) Und zwar kann es dem Gläubiger, — bei Vermeidung der Befreiung des successionsberechtigten Bürgen —, beispielsweise obliegen, weder gänzlich noch teilweise auf seine Nebenrechte (welcher Art diese sein mögen) Verzicht zu leisten; oder es kann ihm obliegen, keinen Auswechsel seiner durch Hypothek gesicherten Forderung in Gemäßheit des § 1180 BGB. vorzunehmen, durch den die Hypothek dem Successionserwerbe des Bürgen entzogen werden würde; oder, — keine Rangzurücksetzung seines ihm zustehenden Liegenschaftspfandrechts herbeizuführen; und ähnliches mehr;

1) Vergl., wie oben, § 774, evtl. mit §§ 401, 412 BG.

kurz, es wird ihm ein Unterlassen zugemutet aller derartiger den Wert der Nebenrechte beeinträchtigenden Handlungen.

b) Denkbar ist auch die Statuierung einer umfassenderen Sorgfaltsobliegenheit, in der Richtung nämlich, daß dem nebenberechtigten Gläubiger selbst eine positive Tätigkeit (daneben dann naturgemäß wiederum ein Unterlassen — argum. a maj. ad minus —) zugemutet wird. Dann würde es sich also, wie man es kurz nennen könnte, um eine positive Sorgfaltsobliegenheit hinsichtlich der Nebenrechte handeln.

Damit beispielsweise eine Verschlechterung der Haftobjekte, die dem Liegenschafts- oder Mobiliar-Pfandrechte des Gläubigers unterliegen, und dadurch eine Wertbeeinträchtigung der Pfandrechte selbst, verhütet werde, soll er, der Gläubiger, — bei Vermeidung der Befreiung des successionsberechtigten Bürgen —, nötigenfalls von den Abwehrmitteln der §§ 1133 bis 1135 oder 1218, 1219 BGB. Gebrauch machen. Oder es kann ihm obliegen, daß er sein etwaiges Absonderungsrecht im Konkurse des Schuldners geltend mache oder, — daß er die Verjährung des aus seinem dinglichen Nebenrecht etwa entspringenden Anspruchs verhindere; und ähnliches mehr.

2. Möglicherweise bezieht sich die Sorgfaltsobliegenheit nur auf das Hauptrecht (die Forderung des Bürgschaftsgläubigers gegen den Schuldner) — d. h. unmittelbar auf das Hauptrecht; denn mittelbar kommt jede auf die vorhandenen Nebenrechte verwendete Sorgfalt dem Hauptrechte zugute, zu dessen Stütze die Nebenrechte dienen.

Unter Zugrundelegung der gleichen Unterscheidungen, wie oben, läßt sich

a) zunächst immerhin von einer negativen Sorgfaltsobliegenheit hinsichtlich des Hauptrechts sprechen: Ein Bürgschaftsgläubiger tut klug daran, jede Wertbeeinträchtigung,

insbesondere eine gänzliche oder teilweise Verzichtsleistung auf das Hauptrecht, zu unterlassen. Denn, insoweit er das Hauptrecht aufgibt, verliert er nicht nur dieses, und es wird nicht nur der Hauptschuldner frei, sondern wegen der accessorischen Natur der Bürgschaft auch der Bürge. So, um es gleich zu sagen, die Regelung in allen wichtigeren Codifikationen älterer und neuerer Zeit; vergl. z. B. BGB. § 767, Code civil Art. 2034 f., ferner ALR. I, 14 § 385, endlich auch Dig. 46, 3, l. 43 und Dig. 46, 1, l. 60.

b) Mehr Interesse bietet es, daß dem Bürgschaftsgläubiger möglicherweise selbst auch eine positive Sorgfaltsobliegenheit hinsichtlich des Hauptrechts aufgebürdet sein kann; beispielsweise wird ihm zugemutet, daß er unverzüglich gegen den Hauptschuldner vorgehe, wenn dieser in Vermögensverfall zu geraten droht; oder, — daß er seine Forderung in dem etwa über das Vermögen des Hauptschuldners eröffneten Konkurs anmelde; oder, — daß er die ihm vom Hauptschuldner angebotene Leistung annehme; und ähnliches mehr.

3. Typisch endlich ist eine dritte Möglichkeit: Die Sorgfaltsobliegenheit bezieht sich sowohl auf die Nebenrechte, wie auch auf das Hauptrecht, und ist eine negative wie positive (in dem oben dargelegten Sinn).

a) Eine Modifikation solcher „allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit“ könnte allenfalls dadurch herbeigeführt werden — und angemessen erscheinen, — daß ein Gesetz die Befreiung des Bürgen nicht schon dann auch ausspräche, wenn das schädigende Verhalten des Gläubigers in der Wahrnehmung seiner Rechte einmal nur auf leichter Fahrlässigkeit beruht; — eine Modifikation also in subjektiver Richtung[1]).

b) Wir nehmen voraus, es ist eine Streitfrage, ob nach dem geltenden Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem

1) Beispiele im Späteren.

Gläubiger eine allgemeine diligentia in exigendo zugemutet wird. Nicht bestritten wird aber, daß Gläubiger und Bürge, zu Ungunsten des ersteren, eine dahingehende Parteienvereinbarung treffen können; denn es gilt im Recht der Schuldverhältnisse das Prinzip der Vertragsfreiheit.

Handelt es sich auch dann für den Gläubiger nur um eine allgemeine Sorgfalts-„Obliegenheit", oder hat er hier einmal eine wirkliche (allgemeine) Sorgfalts-„Pflicht" übernommen?

Die Parteien werden nicht selten ausdrücklich von einer zu übernehmenden „Pflicht" oder „Verpflichtung" des Gläubigers zur Diligenz sprechen.

Aber die Ausdrucksweise dürfte für die Beurteilung der Frage nicht maßgebend sein. Wohin geht der mutmaßliche Wille der Parteien?

Planck (Bem. 4 zu § 776) — u. a. — entscheidet sich dafür, daß die Übernahme einer echten „Verpflichtung" gewollt sei, und kommt danach zu dem Ergebnis: Der Gläubiger, der seiner Pflicht zuwider handele, habe dem Bürgen den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen[1]). Mit dem Schadensersatzanspruch könne der Bürge im Wege der Einrede aufrechnen, — wenn er vom Gläubiger belangt werde.

Gegen diese Auffassung wendet sich u. E. mit Recht Siber[2]). Der Bürge hat — wie ähnlich Siber ausführt — kein über seine eigene Befreiung hinausgehendes Interesse daran, daß der Gläubiger die vereinbarte allgemeine diligentia in exigendo beachtet. Es entspricht nicht dem Parteiwillen, daß das Recht des Gläubigers aus dem Bürgschaftsvertrag bei einer Nachlässigkeit in der Wahrnehmung seiner Rechte ungemindert fortdauere, der Bürge aber nicht mehr, als ein hemmendes Gegenrecht wegen schuldhafter Pflicht-

1) Vergl. auch Hachenburg, Gutachten aus dem Anwaltsstande, S. 158.

2) a. a. O. S. 247 u. S. 40.

verletzung erhalte, auf Grund dessen er seine Befreiung erst ope exceptionis herbeiführen müsse.

Die natürliche Auffassung ist daher wohl die, daß die Befreiung des Bürgen bei einer Nachlässigkeit des Gläubigers in der Wahrnehmung seiner Rechte nicht erst einredenweise geltend gemacht zu werden braucht; — woraus sich dann ergibt, daß nicht die Übernahme einer allgemeinen Sorgfalts-„Verpflichtung", Diligenz-„Pflicht", sondern die Übernahme einer Sorgfalts-„Obliegenheit" dem Willen der Parteien entsprechen würde.

A. Die allgemeine Sorgfalts-obliegenheit.

§ 4.

Die allgemeine Sorgfaltsobliegenheit in bisherigen Rechten.

I. Geltenden Rechts war eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit nach übereinstimmender Lehre im römischen und gemeinen Recht — im älteren römischen Recht freilich noch vereinzelt — kraft singulärer Ausnahmebestimmungen, nämlich bei der fideiussio indemnitatis und beim mandatum qualificatum[1]).

1. Für das Recht der gewöhnlichen fideiussio erkannte das ältere römische Recht eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit noch nicht an.

a) Sie war wesentlich verschieden zunächst von dem Creditmandat. Dieses nämlich, das mandatum qualificatum, war ein zweiseitiges Auftragsverhältnis, aus dem sich nicht nur Pflichten des Auftraggebers, des späteren Bürgen, sondern auch Pflichten des Beauftragten, des späteren Gläubigers, ergaben; und es ist ferner ein negotium bonae fidei gewesen[2]).

Die bona fides vermochte nötigenfalls nicht nur die Obligation des Bürgen, sondern auch die (also vorhandene)

---

1) Vergl. auch l. 95 § 11 Dig. 46, 3 für den Creditauftrag; und für die Schadlosbürgschaft lex 41 Dig. 46, 1.

2) Vergl. Sohm S. 553.

Obligation des Mandatars und späteren Bürgschaftsgläubigers zu erweitern[1]), — zu erweitern zu einer, wie man bisher sagte, allgemeinen Diligenz-„Pflicht“; nichts steht im Wege, in gleichem Sinne zu sagen: zu einer allgemeinen Diligenz-„Obliegenheit“ (denn Obliegenheit ist weniger als Pflicht, da sie nicht wie diese einklagbar[2]).

Ganz anders dagegen die gewöhnliche fideiussio. Sie war kein zweiseitiger Vertrag, sondern ein contractus unilateralis; der Gläubiger erhielt auf Grund des Contraktes nur Rechte (gegen den Bürgen); eine Obligation des Gläubigers war überhaupt nicht vorhanden. Und auch stellt sie sich uns nicht als bonae fidei negotium dar, sondern als ein Verbalkontrakt stricti iuris[3]).

b) Andererseits hatte die fideiussio im älteren römischen Recht, bis zum Erlaß der Justinianeischen Novelle 4 cap. 1, nichts gemein mit der Schadlos-Bürgschaft, der fideiussio indemnitatis.

Hier war die Haftung des Bürgen eine sekundäre. Dort dagegen, bei der gewöhnlichen fideiussio, stand dem Bürgschaftsgläubiger ein unbeschränktes Wahlrecht in der Weise zu, daß er nach seinem Belieben zuerst den Bürgen, der in erster Linie — als Correalschuldner — haftete, in Anspruch nehmen konnte oder den Hauptschuldner (— „Den Bürgen konnte man würgen“ —).

Hieraus folgte dann von selbst, daß dem Bürgschaftsgläubiger, der sich in der Wahrnehmung seiner Forderung gegen den Hauptschuldner (oder in der Wahrnehmung der Nebenrechte) nachlässig zeigte, kein Vorwurf gemacht werden konnte, denn er vermochte — wie Vangerow[4]) treffend ausführt — jedem Vorwurf schon durch die einfache Erwiderung zu begegnen, daß er sich von vornherein darüber klar gewesen

1) Vergl. auch RG. in Seufferts Arch. Bd. 42 S. 280.

2) Vergl. oben.

3) Darüber noch unter 3 b.

4) Vangerow, Pand. III § 578 Anm. 4.

sei, in welcher Weise er sein Wahlrecht ausüben werde; daß er nämlich von Anfang an Willens gewesen sei, ausschließlich den Bürgen anzugreifen, und sich deshalb um seine Rechte gegen den Hauptschuldner begreiflich garnicht gekümmert habe. Vergl. auch die unter diesem Gesichtspunkt stehende Entscheidung des Scaevola in lex 62 Dig. 46, 1: Si fideiussor creditori denuntiaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fideiussor doli mali exceptione summovere? respondit non posse.

2. Hier trat, wie gesagt, ein Umschwung ein mit Erlaß der vorerwähnten Justianeischen Novelle 4 cap. 1.

a) Sie gab dem Bürgen das sogenannte beneficium excussionis. Dadurch wurde die gewöhnliche fideiussio der fideiussio indemnitatis sehr erheblich näher gebracht; denn fortab sollte — dies war der Sinn und die Bedeutung der Novelle — jedem Bürgen, nicht nur mehr dem Schadlosbürgen, und zwar kraft Gesetzes, die Einrede der Vorausklage zugestanden werden; m. a. W.: Das vertraglich eingeräumte beneficium excussionis des Schadlosbürgen wird zum gesetzlichen benificium excussionis eines jeden Bürgen.

b) Dieser Umstand hat wohl dann dazu geführt, daß man alle Rechtssätze von der fideiussio indemnitatis auf die ähnlich gewordene gewöhnliche fideiussio zu übertragen suchte[1]), insbesondere den Rechtssatz von der allgemeinen Diligenz-Obliegenheit. Man dachte darüber nach, welches das gesetzgeberische Prinzig (die ratio iuris) sei, das dem Rechtssatz des älteren römischen Rechts von der allgemeinen Diligenz-Obliegenheit bei der fideiussio indemnitatis zu Grunde lag, und man wird folgendes gefunden haben:

Der Sinn zunächst von der dem Schadlosbürgen vertraglich gewährten Einrede der Vorausklage war bekanntlich

---

1) Vergl. auch Enneccerus i. s. Lhb. I, 2 § 415, IV, 1a S. 539.

der, daß der Gläubiger von dem Bürgen nur soviel sollte verlangen dürfen, als er vom Hauptschuldner nicht erhalten konnte. Hieran anschließend hatte der Gesetzgeber folgendermaßen argumentiert, — daß von einem Nichterhaltenkönnen des Schadlosgläubigers dann prinzipiell nicht die Rede sein durfte, wenn dieser durch seine eigene Nachlässigkeit in der Wahrnehmung der Rechte das Unvermögen des Hauptschuldners herbeigeführt hatte.

So das rechtspolitische Prinzip. Ihm konsequent hatte der Gesetzgeber bei der fideiussio indemnitatis den Rechtssatz von der allgemeinen Sorgfalts-Obliegenheit statuiert, — hatte er statuiert, daß die dem Bürgen vertraglich gewährte Einrede der Vorausklage bei negligentia in exigendo seitens des Gläubigers gleichsam peremtorisch werde.

An die gewöhnliche fideiussio hatte der Gesetzgeber nicht gedacht, eben weil es hier nicht zutraf, daß der Gläubiger von dem Bürgen nur soviel sollte verlangen dürfen, als er vom Hauptschuldner nicht erhalten konnte, — weil es hier eine Einrede der Vorausklage damals noch nicht gab.

Als sich dies mit Erlaß der Justinianeischen Novelle 4 änderte, — was lag für die Rechtsprechung näher, als das gesetzgeberische Prinzip (welches nur den Schadlos-Gläubiger im Auge hatte) zu erweitern und auch auf den gewöhnlichen Bürgschaftsgläubiger auszudehnen; — und sodann dem erweiterten Prinzip konsequent zu entscheiden, d. h. für den Fall der negligentia in exigendo seitens des gewöhnlichen Bürgschaftsgläubigers auch die gesetzliche Einrede der Vorausklage als peremtorisch geworden anzusehen, und so von Fall zu Fall die allgemeine Sorgfaltsobliegenheit auch für das Recht der gewöhnlichen fideiussio anzuerkennen?

c) (Wenn übrigens eine ziemlich verbreitete Meinung annimmt, daß das, wie wir sagten, durch die Rechtsprechung erweiterte Prinzip in der Novelle Justinians selbst seinen

Ausdruck gefunden habe oder angedeutet sei, so tragen wir mit Kipp-Windscheid[1]) Bedenken, dem beizupflichten. Die Worte „si vero non valuerit recipere a debitore ...“, in denen Girtanner[2]) und Hasenbalg[3]) die Andeutung erblicken, bedeuten, wie der Zusammenhang lehrt, nur, daß der Bürge auf nicht mehr belangt werden könne als der Gläubiger jetzt, wo er gegen den Hauptschuldner vorgeht, von diesem nicht zu erlangen vermag, — ab eo recipere non valuerit. Nicht aber wollte der Gesetzgeber (Justinian) mit diesen Worten zugleich auch eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit normiert wissen — dahin, daß der Bürge selbst auf das nicht belangt werden könne, was der Gläubiger infolge seiner eigenen Nachlässigkeit in der Wahrnehmung seiner Rechte niemals hätte erlangen können[4])).

d) Nach alledem geht man u. E. nicht fehl, wenn man dahin zusammenfaßt: Seit Erlaß der Novelle 4, d. h. seit Annäherung der gewöhnlichen fideiussio an die fideiussio indemnitatis hat man den für die letztere geltenden Rechtssatz von der allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit auf die gewöhnliche Bürgschaft analog angewendet.

Aber — wendet man von verschiedenen Seiten ein — „Ius singulare non est producendum ad consequentias“[5]); „Singuläres Recht ist zu einer analogischen Anwendung nicht geeignet“; — und der Rechtssatz von der allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit bei der fideiussio indemnitatis ist ius singulare. Wir wollen es uns versagen, an dieser Stelle mit dem Einwand uns auseinander zu setzen. Mag er berechtigt sein oder nicht; hier genügt vorläufig der Hinweis auf die Tatsache, daß gerade die Römer weit davon entfernt waren, singuläre Rechtssätze niemals im Wege der Analogie

1) Pand. § 478 Anm. 10.
2) a. a. O. S. 483 ff.
3) a. a. O. S. 545 ff.
4) Vergl. Enneccerus i. s. Lhb. I, 2 § 415 Fußnote 9 S. 539.
5) Vergl. u. a. Paulus in Dig. I, 3 lex 14.

auszudehnen. Man denke nur an das Sc. Velleianum; — auch darüber im Späteren.

3. Nichtsdestoweniger, — der Respekt vor jener, u. a. von Paulus wiedergegebenen Regel „Ius singulare non est producendum ad consequentias“ und vor ähnlichen Regeln[1]), in denen man gleichfalls ein Analogieverbot singulärer Rechtssätze erblickte, ist wohl als Grund dafür anzusehen, daß bisher noch nicht von Analogie, von einer (ausnahmslosen) Einführung der allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit im Wege der Analogie (seit Justinians Novelle 4), gesprochen wurde, daß man vielmehr verschiedene andere rechtliche Begründungen aufstellte, um die Tatsache der Geltung einer allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit im neueren römischen und im gemeinen Recht zu erklären.

In der Hauptsache handelt es sich um zwei Theorien, auf die kurz eingegangen sein mag.

a) Eine Ansicht — und zwar der Glossatoren — geht dahin, daß dem geschädigten Bürgen das beneficium cedendarum actionum (Cessionseinrede) zugestanden habe, wenn die cessio actionum durch eigene Nachlässigkeit des Gläubigers in der Wahrnehmung seiner Rechte unmöglich gemacht worden sei[2]). Die Ansicht wurde auch von Baldus und Bartolus vertreten, von denen der letztere zu lex 95 § 11 Dig. de sol. unbedenklich den Satz aufstellt: „Si creditor non potest cedere actiones mandatori vel fideiussori, ecceptione cedendarum actionum repellitur“, — und ist im Laufe der Zeit nahezu opinio communis geworden[3]).

Wir vermögen dieser Ansicht der Glossatoren mit Girtanner[4]) und Hasenbalg[5]) nicht beizupflichten.

1) Vergl. unten.

2) Vergl. RG. in Seuffert Bd. 52 Nr. 154 S. 280.

3) Vergl. Girtanner a. a. O. S. 212.

4) Ebenda.

5) Vergl. Hasenbalg a. a. O. S. 404.

Für die Frage nach der Cession der Rechte kam ausschließlich der Zeitpunkt in Betracht, in dem der Bürge die Cession (einredeweise) verlangte. Sein Verlangen war bedeutungslos, seinem Verlangen konnte nicht oder nur zu einem Teil stattgegeben werden, wenn der Gläubiger keines der Rechte mehr besaß oder das vorhandene nur mehr in verringertem Wertzustande.

Keinesfalls bedeutet das Recht des Bürgen, das Cessionsverlangen geltend zu machen, für den Gläubiger eine Obliegenheit, „die actiones in dem Zustande zu besitzen, wie er sie vielleicht früher besessen hatte“[1]).

b) Die Theorie der Glossatoren wurde später nach und nach aufgegeben. Eine andere trat allmählich in den Vordergrund; — zur Zeit des gemeinen Rechts lehrte die herrschende gemeinrechtliche Doktrin, daß man (doch) wohl auch den gewöhnlichen Bürgschaftsvertrag vom Gesichtspunkt des guten Glaubens aus zu beurteilen und auszulegen habe, um auf diesem Wege zur Anerkennung einer allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit zu gelangen; denn gutem Glauben widerspreche es, wenn der Gläubiger durch culpa in exigendo die Rechte des Bürgen verkümmere[2]). Daß wir auch dieser Lehre nicht beizupflichten vermögen, (— „daß jeder Bürgschaftsvertrag vom Gesichtspunkt des guten Glaubens aus zu beurteilen und auszulegen sei“ —), erhellt bereits aus dem früheren[3]).

Es ist hier vor allem zu beachten, daß die fideiussio ein streng einseitiger Vertrag gewesen und geblieben ist. Auf Seiten des Gläubigers fehlte es, wie wir sagten, an

---

1) Vergl. auch Savigny, Oblig. R. I S. 242 Fußnote p. und Planck zu § 776 Bem. 1.

2) Vergl. auch Dernburg, Bürg. R. 1915, II, 3 S. 438 Anm. 8, auch die dort angeführte Literatur. Dieselbe Ansicht (ungefähr) wird auch heute noch — mit Rücksicht auf das geltende Recht — vertreten. Darüber später.

3) Vergl. oben unter 1 am Anf.

jeder Gebundenheit. Eben deshalb war hier nichts vorhanden, was die bona fides zu einer Sorgfaltsobliegenheit, geschweige denn zu einer allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit hätte vertiefen und erweitern können.

Nur dem Mandatsbürgen und dem Schadlosbürgen gegenüber war dem Gläubiger — wir wiederholen es — nach positivem Recht eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit aufgebürdet. Und wenn die herrschende gemeinrechtliche Doktrin gelehrt hätte, daß die betreffenden Rechtssätze „aus dem Gesichtspunkt der bona fides heraus“ auf jede Bürgschaft im Laufe der Zeit analog angewendet worden seien, so wüßten wir nichts einzuwenden, — wenigstens nicht anlangend das analogische Verfahren aus der Schadlos-Bürgschaft (die seit Novelle 4 der gewöhnlichen Bürgschaft näher gebracht war). Denn auf solche Weise vermag die bona fides — d. h. die Rechtsprechung, die sich aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben heraus zur Analogie veranlaßt sah — auch einmal absolut neue Gebundenheiten zu schaffen.

II. Außer im römischen und gemeinen Recht finden wir — mehr oder weniger bestimmt ausgedrückt — eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit in den meisten Partikularrechten anerkannt.

So statuiert das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch in § 1466: „Die Bürgschaft erlischt, wenn und soweit dem Gläubiger eine Verschuldung zur Last fällt, durch welche dem Bürgen (die Rechtswohltat der Vorausklage oder) der Rückanspruch an den Hauptschuldner vereitelt wird, insbesondere wenn der Gläubiger verschuldet, daß er vom Hauptschuldner Befriedigung nicht erlangen kann, oder wenn er dem Hauptschuldner nach Ablauf der ursprünglich bestimmten Erfüllungszeit unter Verhältnissen Stundung erteilt, unter welchen vorauszusehen ist, daß derselbe in Vermögensverfall geraten werde“.

Das Wörtchen „insbesondere“ verweist auf den nur exemplifikativen Charakter jener Vorschrift.

Bestimmt auch wird die Statuierung einer allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit in Art. 2037 des Code civil ausgesprochen, wo es heißt: „La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits[1]) du créancier, ne peut plus par le fait de ce créancier s'opérer en faveur de la caution“.

Eine Übersetzung bildet die Bestimmung des Badischen Landrechts in Art. 2037: „Der Bürge ist seine Verbindlichkeit los, sobald es der Gläubiger unmöglich macht, daß in seine Rechte[2]) der Bürge eintritt“.

Art. 4549 des Liev-, Est- und Kurländischen Privatrechts lautet folgendermaßen: „Der Bürge wird von seiner Haftung befreit, wenn der Gläubiger dem Schuldner gegenüber nachlässig verfuhr und sich eine Zögerung zu Schulden kommen ließ, die unter den besonderen Verhältnissen als unverzeihlich erscheint“.

Endlich sei noch verwiesen auf die Bestimmung des § 328, Tit. 14, Teil I des Allgemeinen Landrechts, nach der dem Gläubiger, der bei Wahrnehmung seiner Forderung gegen den Hauptschuldner „ein grobes Versehen begangen hat, der daraus entstehende Schaden zur Last fällt“. Dieser Satz des Allgemeinen Landrechts ist namentlich insofern interessant, als er die — vielleicht sehr zweckmäßige — Bestimmung trifft, daß dem Gläubiger nicht jede culpa in exigendo schaden solle. Gefordert wird vielmehr ein „grobes“ Versehen, also ein Versehen, „welches bei gewöhnlichen Fähigkeiten ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können“ (vergl. Allg. Landrecht Teil I, Tit. 3, § 18). Die anschließenden §§ 331, 332 (I, Tit. 14) heben noch ausdrücklich hervor, daß dem Gläubiger

1) Hauptrecht („droit principal“), wie etwa vorhandene Nebenrechte („hypothèques et privilègues“).

2) Hauptrecht(e), wie etwa vorhandene Nebenrechte („Pfänder und Vorzüge“).

auch hinsichtlich der Nebenrechte, die dem Hauptrecht zur Stütze dienen, eine Sorgfaltsobliegenheit aufgebürdet sein solle, — also eine mittelbare Sorgfaltsobliegenheit hinsichtlich des Hauptrechts (der Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner). — Ihr Inhalt entspricht der Bestimmung des § 776 BGB.

§ 5.

Die Frage, ob sich eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit aus dem heute geltenden Rechte herleiten läßt und ihre bisherige Beantwortung in der Literatur.

Wir kommen zu der Frage, ob sich eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen auch aus dem heute geltenden Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs herleiten läßt.

Nach dem Wortlaut des § 776 BGB. wird dem Gläubiger nur eine Sorgfaltsobliegenheit hinsichtlich seiner Nebenrechte und auch nur eine negative Sorgfaltsobliegenheit[1]) aufgebürdet.

Es wird aber neuerlich verschiedentlich behauptet, es sei gleichwohl eine über den Wortlaut des § 776 weit hinaus gehende, eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit auch heute noch geltenden Rechts. Hier finden die Ausführungen von Marcus und Kaufmann in der Literatur am meisten Beachtung[2]).

I. Sie beide gehen davon aus, daß es ein dringendes Gebot der Billigkeit sei, dem Gläubiger eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit aufzubürden. Sie suchen dadurch —

---

1) Vergl. oben § 3 der Darstellungen unter 1 b.

2) Vergl. Marcus, „Der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers“ i. R. 1902 S. 456 ff.; Kaufmann, Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach heutigem Recht“, Erl. Diss. 1909.

unter jener Voraussetzung auch mit Recht[1]) — die Bedeutung der gesetzgeberischen Vorarbeiten zu entwerten. Denn sie verkennen nicht[2]), daß die Motive und Protokolle unzweideutig darauf hinweisen, daß die Statuierung einer allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit vom Gesetzgeber nicht gewollt sei[3]).

Wirklich mag es — rechtspolitisch betrachtet — etwas Ansprechendes haben, dem Gläubiger eine über die Fälle des § 776 hinausgehende allgemeine Sorgfaltsobliegenheit aufzubürden. Auch wir werden im folgenden Paragraphen diesen Standpunkt vertreten. Im übrigen aber müssen wir uns mit den genannten Autoren in Widerspruch setzen.

---

1) Vergl. z. B. Enneccerus i. s. Lhb., I, 1 § 50, I, 2.

2) Kaufmann a. a. O. S. 13 und Marcus a. a. O. S. 456.

3) Vergl. Motive 2, 679: „Der Entwurf verneine die allgemeine Sorgfaltspflicht in Übereinstimmung mit dem älteren römischen Recht“. Wesen und juristischer Begriff der Bürgschaft gestatteten nicht die Annahme, daß die Rechte des Gläubigers von einem gewissen Verhalten desselben abhängig sein sollten. Eine Diligenzpflicht könne nicht aus den beiden Rechtswohltaten des Bürgen — der der Vorausklage und des Eintrittsrechts in die Rechte des befriedigten Gläubigers — hergeleitet werden: Der Rechtsbehelf der Vorausklage nötige den Gläubiger nur, zunächst den Hauptschuldner zu belangen und die Rechtsverfolgung gegen diesen fortzusetzen, bis dessen Leistungsunvermögen feststehe; aus dem anderen Rechte des Gläubigers folge nur, daß er diejenigen Rechte des Gläubigers erlange, welche und wie sie zur Zeit der Befriedigung desselben bestanden. Rechtspolitisch betrachtet aber werde der Wert der Bürgschaft durch die Imputierung solcher Diligenzpflicht beträchtlich herabgemindert, und in der Praxis entständen zahlreiche Streitigkeiten; auch sei eine bestimmte Abgrenzung unmöglich, da stets praktische Bedenken damit verbunden seien. Aus dem Gedanken von Billigkeit und Treu und Glauben rechtfertige sich nicht eine soweitgehende Diligenzpflicht, wie sie vielfach in der Doktrin aufgestellt werde. Endlich könne ja der Bürge bei drohender Insolvenz des Schuldners den Gläubiger selber befriedigen und dann gegen den Schuldner rechtzeitig vorgehen. (Über dies alles wird später noch im einzelnen gesprochen werden). Vergl. auch Prot. II, 481: „Gegen die Verneinung einer allgemeinen Diligenzpflicht wurde nichts erinnert“.

II. Wir wenden uns zunächst den Ausführungen von Kaufmann zu.

Kaufmann verwendet zur Begründung seiner Ansicht die exceptio doli generalis[1]) (Einrede der verwerflichen Rechtsausnutzung)[2]) und sagt:

„Wenn der Gläubiger sein Recht aus dem Bürgschaftsvertrag in treuloser Weise ausnutze, so könne der Bürge mit der exceptio doli generalis die Erfüllung seiner Verbindlichkeit versagen. Und ein solches gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten liege auch dann auf Seiten des Gläubigers vor, wenn er den Bürgen in seinen Rechten schädige und ihn trotzdem darauf in Anspruch nehme“[3]).

Daß die Begründung der noch heutigen Geltung der exceptio doli generalis durch Rechtsanalogie aus den §§ 242, 157 hergeleitet werden könne, wollen wir nicht nachdrücklich bestreiten. Zwar sind Schneider[4]) und zahlreiche sonstige Autoren[5]) anderer Ansicht, denen freilich zahlreiche, vielleicht sogar die Mehrheit bekannter Autoren gegenüberstehen[6]). Aber die ganze Frage kann hier nicht erörtert werden, und so mag zugegeben werden, daß überhaupt eine solche Einrede der Arglist bestehe.

---

1) Ihm folgen u. a. die angegebenen Dissertationen von Mosbacher und Strauß. Vergl. ferner auch die angegebene Dissertation von Kramer.

2) Vergl. Kaufmann a. a. O. S. 38.

3) Vergl. Kaufmann S. 38 und 17 ff.

4) Vergl. Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, sowie im Arch. für bgl. R. Bd. 25 S. 269 ff.

5) Vergl. z. B. Kipp-Windscheid zu § 47 Anm. 7; Oertmann zu § 242; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 324 ff.; RG. Bd. 64 S. 222 ff.; ferner die von Kaufmann selbst (auf S. 23 Fußnote 1) noch angeführte Literatur.

6) Vergl. die von Kaufmann selbst auf Seite 22 Fußn. 1 zusammengestellte Literatur.

Aber es erscheint uns eine Anwendung dieser exceptio doli generalis in dem weitgehenden Maße wie Kaufmann fordert, aus folgenden Gründen bedenklich:

Die Sorgfaltsobliegenheit des § 776 BGB. findet selbst ihre Rechtfertigung in dem Prinzip von Treu und Glauben. Der Gläubiger, der ein Nebenrecht aufgibt, aus dem der Bürge nach § 774 hätte Ersatz verlangen können, und dadurch die Lage des Bürgen — wenn vielleicht auch völlig unbewußt — verschlechtert und trotzdem den Bürgen in Anspruch nimmt, verstößt gegen Treu und Glauben[1]). Er muß sich daher gefallen lassen, daß der Richter den trotzdem von ihm in Anspruch genommenen Bürgen von amtswegen für befreit erklärt; ja, eine vereinzelt dastehende Ansicht geht dahin, daß der Richter nicht von amtswegen, sondern erst auf eine darauf gerichtete Einrede von Seiten des Bürgen hin die Befreiung auszusprechen habe[2]). Diese Einrede würde dann nichts anderes bedeuten, als eine Art der Kaufmannschen „Einrede der verwerflichen Rechtsausnutzung“. Dies spricht also für die Ansicht Kaufmanns? Im Gegenteil, denn das Gesetz erkennt zwar die Kaufmannsche Einrede der verwerflichen Rechtsausnutzung für das Bürgschaftsrecht in § 776 (sei es unmittelbar, sei es mittelbar) an; — aber doch eben nur für die dort ausdrücklich genannten Fälle der Aufgabe von Nebenrechten. Dieses argum. e contrario geht aus dem durchaus positiven Charakter der Vorschrift des § 776 — auch ohne Heranziehung der sich ebenfalls dahin aussprechenden Motive und Protokolle — deutlich hervor.

---

1) So auch OLG. Marienwerder nach Neumann, Jhrb. Bd. 5 S. 300. Vergl. ferner Mot. 2 S. 679, wo man für „§ 359“ einmal „§ 157 BGB.“ einsetzen kann; und Staudinger zu § 1165 BGB. (der dem § 776 entspricht).

2) So Kretzschmar und Staudinger zu § 1165 BGB. entgegen dem klaren Ausdruck des § 776 bezw. 1165 (Planck).

Oder will man in Wirklichkeit darauf hinaus, daß § 776 aus Billigkeitsgründen, aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben heraus, im Wege des analogischen Verfahrens ausgedehnt werden müsse, — nur daß in den analog zu behandelnden Fällen der Bürge nicht, wie in § 776, ipso iure, sondern erst mit Hilfe einer Einrede[1]) (also erst, wenn er sich selbst ins Unrecht gesetzt fühle) befreit sein solle? Aber welcher Grund läge vor, den Bürgen nicht von amtswegen für befreit zu erklären, wie im § 776? — Doch es ist auch nicht die Ansicht Kaufmanns; er selbst[2]) äußert sich ausdrücklich ablehnend gegen den Gedanken der Analogie. Man könnte — so führt er aus — im ersten Augenblick zwar an eine analoge Anwendung des § 776 denken, bei genauerer Prüfung aber sei es unhaltbar. Und warum ist es unhaltbar? Eben deshalb, weil § 776 singulären Charakters sei; — eine enge und durchaus positiv gefaßte Ausnahmebestimmung enthalte.

Von Seiten Kaufmanns wird vielleicht geltend gemacht, man sei noch nicht richtig verstanden; Gläubiger und Bürge könnten jedenfalls die Übernahme einer allgemeinen, über § 776 BGB. hinausgehenden Sorgfaltsobliegenheit vereinbaren; und es entstehe die Frage, ob eine derartige Vereinbarung mit Rücksicht auf § 157 BGB. nicht im Zweifel jedem Bürgschaftsvertrag als „stillschweigend von den Parteien getroffen“ zu unterstellen sei; und diese Frage wolle man bejahen.

So heißt es bei Kaufmann (in einer Zusammenfassung auf Seite 40 seiner Darstellung[3])): „Legt man den Bürgschaftsvertrag nach § 157 BGB. aus, so ist das Ergebnis dies, daß zwei Treu und Glauben beobachtende

1) Einrede der verwerflichen Rechtsausnutzung.

2) Vergl. Kaufmann auf S. 14; vergl. ferner auch Kramer a. a. O. S. 24 Mitte und S. 31.

3) Örtmann zu § 776 BGB. unter Anmerkung 2, zitiert versehentlich „Seite 44“.

Parteien bei dem Abschluß des Vertrages eine besondere Verabredung dahin getroffen hätten, daß dem Gläubiger kein Recht auf Leistung durch den Bürgen zustehe, wenn er selbst diesen in seinen Rechten geschädigt hätte. (Bringt der Bürge die dementsprechende Einrede der verwerflichen Rechtsausnutzung vor, so wird der Gläubiger mit seiner Klage abgewiesen)".

Aber auch in diesem Sinne verstanden kann die Ansicht Kaufmanns (und der ihm Folgenden) nicht gebilligt werden; sie erscheint in der Begründung zu weitgehend:

Abgesehen davon, daß die Bestimmung des § 776 überflüssig wäre, da ja auch sie durch stillschweigende Parteienvereinbarung ersetzt würde, hieße es wohl die Wirklichkeit verkennen und die Worte „Treu und Glauben" auf Kosten des „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" ungewöhnlich stark betonen, — wollte man jedem Bürgschaftsvertrag jene „besondere Vereinbarung" unterstellen.

Dem Gläubiger ist, in der Wirklichkeit, das Interesse des Bürgen regelmäßig gleichgültig; er läßt sich Bürgschaft bestellen, um in allen Fällen vor Nachteil bewahrt zu bleiben, und ist nicht geneigt, auf den Bürgen Rücksicht zu nehmen; Mag der sich seinerseits schadlos halten bei dem Hauptschuldner. Dies weiß der Bürge und hat sich dem Gläubiger im Bewußtsein der Gefährlichkeit feierlich, unter Schriftform, versprochen.

Wir halten die Unterstellung einer stillschweigenden Vereinbarung nur unter besonderen Umständen für gerechtfertigt. Als Beispiel diene der Fall, daß ein Gläubiger und Bürge einen Bürgschaftsvertrag des Inhalts geschlossen haben, daß der Bürge für alle künftig entstehenden Verbindlichkeiten eines Dritten einstehen soll (z. B. Verbindlichkeiten eines Kassierers[1])). Hier würden wir im Zweifel kein Bedenken tragen, als stillschweigend vereinbart anzunehmen,

1) Vergl. RG. Bd. 29 S. 141; ROHG. Bd. 26 S. 90; Seuff. Arch. Bd. 12 S. 159; Crome S. 889.

daß der Gläubiger die Entstehung der Verbindlichkeiten verhüten solle, zumal wenn etwa Verbindlichkeiten deliktischen Ursprungs in Frage stehen, und dem Gläubiger eine Verhütung möglich ist.

III. Wir kommen zu den Ausführungen von Marcus[1]).

Nach Marcus soll unmittelbar aus der Vorschrift des § 242 BGB. auf eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit zu schließen sein.

Aber die Bürgschaft erzeugt auch heute noch — nach dem Bürgschaftsrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, dessen Bestimmungen auf römisch-rechtlicher Grundlage fußen — ein nur streng einseitiges Rechtsverhältnis; verpflichtet zu einer Leistung wird nur der Bürge.

Weil von einer Gebundenheit des Gläubigers dagegen nicht die Rede sein kann, und er also in keiner Weise als „Schuldner" im Sinne des § 242 anzusehen ist, so kann die Bestimmung dieses Paragraphen folgeweise nicht in Anwendung gebracht werden[2]).

Oder sollte es Marcus doch gelingen können, nachzuweisen, daß das Erfordernis der Schuldnerschaft des Bürgschaftsgläubigers gegeben sei, was bisher (wir sprechen im Hinblick auf das geltende Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs) nicht angenommen wurde?

Es scheint uns, als wenn Marcus gegen Ende seiner Ausführungen den Versuch machen will, diesen Nachweis zu erbringen. Dort wird gesagt, „es sei auch nicht wahr, daß der Gläubiger keine Pflichten gegen den Bürgen habe; so weit nach dem Subrogationsrecht gemäß § 774 BGB. der Bürge erwarten könne, daß das Forderungsrecht des Gläubigers auf ihn übergehe, dürfe der Gläubiger jenes nicht

1) Ihm folgen u. a. die angegebenen Dissertationen von Seyfferth (vergl. ebendort S. 72) und Pulvermann (vergl. S. 38—39).

2) So mit Recht auch RG. in RGE. Bd. 65 S. 136; Staudinger zu § 776 BGB. unter Anm. 3c (a. E.); Oertmann zu § 776 Anm. 2; Enneccerus S. 539 unter b; u. a. m.

durch Rücksichtslosigkeit in Bezug auf diese Interessen des Bürgen dem letzteren verkümmern", — er sei also (?) insofern Schuldner. Aber diese Behauptung findet in keiner Weise Anhalt im Gesetz, und ist auch sonst nicht zu beweisen[1]); und sie enthielte auch nichts anderes, als was mit zu dem gehört, was Marcus gerade beweisen will, — daß nämlich dem Gläubiger über den Wortlaut der Bestimmung des § 776 BGB. hinaus eine diligentia in exigendo auch hinsichtlich der Forderung (des Hauptrechts) unmittelbar obliege.

IV. Wir fragen, wie am Anfang dieses Abschnittes (§ 3 der Darst.), ob eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen auch heute noch Rechtens ist.

Nach dem Vorhergehenden scheint man es verneinen zu müssen; und es wird auch von der weitaus überwiegenden Meinung — freilich fast ausschließlich unter Bezugnahme auf die Motive (und Protokolle)[2]), denen wir bei unserer Gegenbegründung keine maßgebende Bedeutung beimessen wollten[3]) — verneint[4]).

---

1) Vergl. auch Planck zu § 776 BGB. Anm. 2a.

2) Vergl. auch oben § 5 der Darst. Fußnote 40.

3) Über den Standpunkt der Motive, soweit er rechtspolitischer Natur ist, noch sogleich im folgenden § der Darst. unter II.

4) Vergl. z. B. RG. in RGE. Bd. 65 S. 386, auch S. 136 (siehe auch in J. W. 1907 S. 237); OLG. Colmar und Hamburg in Rspr. Bd. 18 S. 41 und S. 46; Schneider a. a. O. S. 226, 227; Schollmeyer zu § 776; Planck zu § 776 BGB. Anm. 1; u. a. m.

B. Die heute geltende Sorgfalts-Obliegenheit — und unsere eigene Stellungnahme zu der unter § 5 genannten Frage.

§ 6.

Die Frage, ob die Aufstellung einer allgemeinen Sorgfalts-Obliegenheit de lege ferenda geboten ist.

Es dürfte zweckmäßig sein, mit dieser Frage, ob die Statuierung einer allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit vom Standpunkte des Gesetzgebers aus wünschenswert ist, zu beginnen.

Meist wird sie verneint.

I. So findet man nicht selten den Hinweis darauf, daß das geltende Recht für solche Fälle, in denen die Lage des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in der Wahrnehmung seiner Rechte unserem Rechtsgefühl nach in allzu unbilliger Weise verschlechtert werde, keineswegs jeder Handhabe entbehre; man solle in solchen Fällen prüfen, ob nicht die Voraussetzungen der §§ 226 und 826 gegeben seien; deren Bestimmungen würden für den geschädigten Bürgen einen ausreichenden Schutz bedeuten[1]).

1) Vergl. auch Schneider a. a. O.

Um die genannten Paragraphen in Anwendung bringen zu können, braucht eine (objektive) widerrechtliche Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger nicht vorzuliegen; ihre Anwendung, insbesondere auch die des § 826, kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn sich die Handlungsweise des Gläubigers im Rahmen des formalen Rechts hält; — wie es also (nach der weitaus überwiegenden Ansicht[1])) zutrifft, wenn der Gläubiger — von den Fällen des § 776 abgesehen — in der Wahrnehmung seiner Rechte negligenter verfährt und den Bürgen trotzdem in Anspruch nimmt.

Aber — anlangend zunächst die Vorschrift des § 226 — so erhellt ohne weiteres, daß ein nachlässiges Verhalten des Gläubigers (in der Wahrnehmung seiner Rechte) und dessen ungeachtete Inanspruchnahme des Bürgen für den Gläubiger in allzu seltenen Fällen „nur" den Zweck haben „kann", dem Bürgen Schaden zuzufügen.

Meist wird man ihm (dem Gläubiger) in den fraglichen Fällen nicht mehr vorwerfen können, als daß sein Verhalten gegenüber dem Bürgen durch rücksichtslosen Egoismus gekennzeichnet sei.

Aus ähnlichen Gründen wird man regelmäßig auch die Anwendbarkeit des § 826 leugnen müssen.

Hier, in § 826, ist eine unsittliche Schadenszufügung vorausgesetzt.

Doch eine, wie wir sagten rücksichtslos „egoistische" Rechtsausnutzung — wenn das schädigende Vorgehen des Gläubigers im einzelnen Fall einmal so genannt werden kann — mag zwar „verwerflich" sein, ist aber keineswegs notwendig als „unsittlich" anzusehen.

Und ebenfalls auch die fernere Voraussetzung des § 826, daß sich der Vorsatz des Gläubigers auf die Schädigung erstrecke, wird allzu selten gegeben sein.

---

1) Vergl. oben.

II. Es bleibt also festzustellen, ob hinsichtlich der mannigfachen Fälle, in denen die Bestimmungen des § 226 oder des 826 unanwendbar sind und in denen andererseits auch § 776 in seinen Voraussetzungen nicht getroffen wird, die Statuierung einer allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit de lege ferenda geboten ist.

Diese — also rein rechtspolitische — Frage wird von den Motiven im ganzen verneint, indem sie ausführen, daß die allgemeine Sorgfaltsobliegenheit ein dringendes Gebot der Billigkeit nicht sei, und daß man deshalb ihre Wiedereinführung nach dem Vorbilde des gemeinen Rechts und der Partikularrechte — vornehmlich mit Rücksicht auf die Erhaltung des Wertes der Bürgschaft für den Gläubiger — zweckmäßiger zu unterlassen habe[1]).

Wir vermögen diesem Standpunkt, um es gleich zu sagen, nicht beizutreten[2]), und wollen im folgenden versuchen, die Ausführungen der Motive im einzelnen zu widerlegen.

1. Es wird zunächst von ihnen (dafür, daß die Statuierung einer allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit ein dringendes Gebot der Billigkeit nicht sei) — mit den Motiven übrigens auch vom Reichsgericht[3]), von Enneccerus[4]), Planck[5]) und dem Oberlandesgericht München[6]) — geltend gemacht, der Bürge solle (nur) bei drohender Insolvenz des Hauptschuldners — um sich vor Schaden zu bewahren — selber den Gläubiger befriedigen und dann auf Grund des § 774 gegen den Hauptschuldner vorgehen; durch das jus solvendi werde er ausreichend geschützt.

Aber wir meinen einwenden zu müssen, daß dem Bürgen damit zuviel zugemutet wird. Er hat ein Interesse daran,

1) Vergl. oben auf Seite 27 Fußnote 3, in ihrem letzten Teil.
2) Über Zustimmung in der Literatur vergl. demnächst im Text.
3) Vergl. RG. in RGE. Bd. 65 S. 396.
4) Vergl. Enneccerus i. s. Lhb. § 415 IV, 2.
5) Vergl. Planck zu § 776 BGB. Bem. III.
6) OLG. München im Recht 1904 S. 139.

sein Geld lieber zurückzubehalten, als es dem Gläubiger zu bezahlen und dann von dem Hauptschuldner Regreß zu fordern (vergl. Dig. 46, 1 l. 15: interest enim eius pecuniam retinere potius quam solutam stipulatori a reo repetere[1]).

Wie oft hat sich nicht ein Bürge aus Freundschaft oder aus verwandtschaftlichen oder geschäftlichen Rücksichten verbürgt und wird es in solchen Fällen ungern dazu kommen lassen wollen, daß er, und nicht der eigentliche Gläubiger, dem sich der Hauptschuldner verschuldete, diesen klagend in Anspruch nimmt.

2. Wenn die Motive als ferneres Argument für ihre Ansicht anführen, „der Wert der Bürgschaft werde durch die Imputierung solcher allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit beträchtlich herabgemindert, und es seien überdies praktische Schwierigkeiten damit verbunden", so können wir uns diesen Bedenken — vornehmlich dem ersteren — ganz freilich nicht verschließen. Wir suchen deshalb von unserer gegenteiligen Ansicht aus entgegen zu kommen:

Wir möchten dem Bürgen nicht bei jeder Nachlässigkeit des Gläubigers in der Wahrnehmung seiner Rechte schlechthin, nicht bei omnis culpa in exigendo befreit wissen (wie es z. B. Marcus[2]) ausdrücklich fordert), vielmehr nur dann, wenn der Gläubiger durch grobe Fahrlässigkeit (oder absichtlich) — seis durch positive, seis durch negative Tätigkeit; hier noch zu differenzieren, halten wir aus praktischen Gründen für nicht geboten — die Lage des Bürgen verschlechtert.

Der Gedanke ist nicht neu; es würde zurückführen zu einer Regelung, wie der des allgemeinen Landrechts in § 328 Teil I Tit. 14[3]).

Durch die Statuierung einer so in subjektiver Richtung herabgemäßigten allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit dürfte

1) Zitiert von Dernburg, Bürgl. R. Bd. II § 290 Anm. 11.

2) Vergl. Marcus a. a. O. S. 457.

3) Vergl. dort und oben § 4 der Darst. unter II a. E. (S. 25).

der Wert der Bürgschaft nicht „beträchtlich herabgemindert werden". Die Herabminderung aber, die es immerhin mit sich bringen mag, rechtfertigt sich unseres Erachtens durchaus; sie ist ein dringendes Gebot der Billigkeit: Dem Gläubiger wird gewiß nichts Unbilliges zugemutet, wenn er die Lage des Bürgen nicht grob fahrlässig (oder absichtlich) verschlechtern darf, und andererseits: für den Bürgen ist die Statuierung einer mäßigen allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers von allergrößtem Nutzen. Auch erscheint es uns — mit Abegg[1]) — nicht ganz konsequent, wenn die Billigkeit zwar gestatten solle, daß der Bürge mit seinem Hauptrecht (der persönlichen Forderung) unmittelbar so grob fahrlässig, wie möglich, umgehen darf, dagegen verlangt, daß er es mittelbar, durch sorgliche Werterhaltung der zu seiner Stütze dienenden Nebenrechte, diligenter bewahren soll[2]).

Übrigens drücken sich die Motive einmal folgendermaßen aus: Es rechtfertige sich aus den Gedanken von Billigkeit und Treu und Glauben keine „soweit gehende" Sorgfaltsobliegenheit, wie sie vielfach in der Doktrin aufgestellt werde.

In dieser Ausdrucksweise könnte möglicherweise ein verstecktes Zugeständnis an unsere Ansicht zu erblicken sein. Denn auch wir würden — wie wir oben sagten — für die Statuierung einer in subjektiver Richtung weniger weitgehenden Sorgfaltsobliegenheit eintreten, als sie von der Doktrin vielfach aufgestellt wird.

Doch wollen wir diesem Argument keine allzu große Bedeutung beimessen, denn es ist nicht ausgeschlossen, daß sich das „soweit gehend" nur auf den objektiven Umfang der Sorgfaltsobliegenheit beziehen soll und daß an eine subjektive Begrenzung überhaupt nicht gedacht wird.

---

1) Vergl. Abegg, Der Einfluß des ben. cedend. actionum auf die Haftung des Bürgen, Erl. Diss. 1896, S. 45f.

2) Darüber noch später ausführlicher.

III. Der verneinende Standpunkt der Motive zu der vorliegenden rechtspolitischen Frage wird in der Literatur — wenn man ihn meist auch als maßgebend ansieht[1]) — so doch von einigen Schriftstellern gleichfalls nicht gebilligt.

Wie sich von selbst versteht, würden diejenigen Autoren, die selbst de lege lata eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit in vollem Umfang für Rechtens erachten[2]), auch de lege ferenda für deren uneingeschränkte Anerkennung eintreten.

Von anderer Seite fordert man für „besondere Umstände" (teilweise übrigens auch de lege lata, indem man, wie Kaufmann, mit Treu und Glauben operiert)[3]) die Statuierung einer über § 776 BGB. hinausgehenden Sorgfaltsobliegenheit, ohne freilich auszuführen, wann die „besonderen Umstände" gegeben sind. Sollte man ebenfalls an solche Fälle gedacht haben, in denen der Gläubiger absichtlich oder grob fahrlässig die Lage des Bürgen verschlechtert?

Ohne Begründung, aber — wie nicht mißzuverstehen — tritt auch Unger[4]) für die Wiedereinführung einer allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit ein.

IV. Soviel mag genügen, um darzutun, daß nach unserer und einiger angesehener Schriftsteller Ansicht die Statuierung einer allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit vom rechtspolitischen Standpunkt aus dringend geboten erscheint.

Wir werden uns nun in den folgenden Ausführungen mit der Frage zu beschäftigen haben, eine wie geartete und umfassende Sorgfaltsobliegenheit nach unserer Ansicht de lege lata als Rechtens anerkannt werden darf, und dadurch zugleich unsere eigene Stellungnahme zu der unter

---

1) Vergl. oben § 5 der Darst. unter IV (S. 33).

2) Vergl. oben § 5 unter I—III (S. 26—33).

3) Vergl. auch Staudinger zu § 776 BGB. Anmerkung 3 und Crome a. a. O.

4) Vergl. Unger in Iherings Jb. Bd. 33 S. 303 Anm. 8.

§ 5[1]) behandelten Frage (ob sich eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit aus dem heute geltenden Rechte herleiten läßt und ihre bisherige Beantwortung in der Literatur) wiedergeben. Nach den vorangegangenen rechtspolitischen Erwägungen läßt sich das von uns angestrebte Ziel erraten. Es entspräche — eben weil wir es aus Billigkeitsgründen (rechtspolitisch betrachtet) für dringend geboten erachten — unserem Wunsche, könnten wir zu einem ähnlichen oder gleichen Ergebnis gelangen, wie Marcus, Kaufmann und die anderen unter § 5 genannten Autoren; — zu dem Ergebnis nämlich, daß sich auch aus den Bestimmungen des heute geltenden Rechts (des Bürgerlichen Gesetzbuchs) eine weitgehende, vielleicht gar eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit herleiten ließe. Die Begründung freilich dafür müßte eine ganz andere sein, als man sie bisher gab.

I.

Die im BGB. ausdrücklich geregelte Sorgfalts-Obliegenheit.

§ 7.

Die §§ 776, 777 BGB.

Zieht man die positiven Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in Betrachtung, so ergibt sich — zum mindesten auf den ersten Blick hin — eine keineswegs weitgehende Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen.

I. Nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 776, auf welche im früheren schon des öfteren verwiesen wurde und welche jetzt eingehender zu besprechen ist, obliegt es dem

---

1) der Darst.

Gläubiger nur, „ein mit seiner Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen nicht aufzugeben“, widrigenfalls nämlich der Bürge kraft Gesetzes von seiner Verpflichtung befreit wird.

Doch müssen wir nach dem Wortlaut des § 776 noch hinzufügen: Der Bürge wird nur dann frei, wenn und soweit er aus dem aufgegebenen Nebenrecht auf Grund des § 774 hätte Ersatz verlangen können. Deshalb kann der Gläubiger beispielsweise ohne Schaden Nebenrechte aufgeben, die zur Sicherung einer nach den §§ 399, 400 nicht abtretbaren Hauptforderung bestellt sind. Denn in solchen Fällen würde, bei Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen, die Hauptforderung selbst nicht auf diesen gemäß § 774 übergehen können[1]), also auch nicht irgend ein Nebenrecht[2]).

Die Vorschrift des § 776 ist zudem in mancherlei Hinsicht restriktiv zu interpretieren (was für den Bürgen also nachteilig erscheint, da seine Befreiung dann nicht eintreten kann; für den Gläubiger dagegen von Vorteil ist, da sich seine Sorgfaltsobliegenheit ihrem Umfange nach, wenn man will, also noch mindert).

Wie ist beispielsweise folgender Sachverhalt zu beurteilen? Ein Gläubiger hat gegen seinen Schuldner nacheinander zwei Forderungen erworben, — eine von 10000 M. und eine andere von 5000 M. —, und sich zu deren Sicherung zwei von einander unabhängige Hypotheken an zwei verschiedenen Grundstücken des Schuldners bestellen lassen.

Für die erstere Forderung von 10000 M. hat zudem ein Bürge versprochen, einzustehen.

Hernach gibt der Gläubiger die beiden Hypotheken von 10000 M. und 5000 M. trotz Widerspruchs des Bürgen auf. Er ist nämlich mit dem Schuldner einig geworden, daß dieser ihm statt zweier Einzelhypotheken eine Gesamt-

1) Vergl. die §§ 412 mit 399 und 400 BGB.

2) Vergl. § 401 BGB.

hypothek von 15000 M. an den verschiedenen Grundstücken bestelle (gemäß § 1132 BGB.) — und zwar für eine zusammengerechnete Forderung von 15000 M.

Die dementsprechenden Anträge beim Grundbuchamt sind gestellt und es ist ihnen stattgegeben worden.

Dieser Tatbestand enthält die Voraussetzungen des § 776. Wir haben also nur noch dessen (des § 776) sanctio legis festzustellen. Wir finden, daß der Bürge frei geworden ist (!).

Aber das Resultat erscheint unbillig. Der Gläubiger hat die beiden Hypotheken zwar aufgegeben, doch tat er es nur, um für dieselben Forderungen — nach ihrer Vereinigung zu einer Forderung von 15000 M. — einen Sicherungsersatz, nämlich eine neue (Gesamt-)Hypothek von 15000 M. bestellen zu lassen; und nach der ratio legis des § 776 soll der Bürge gewiß nur insoweit frei werden, als ihm der Gläubiger die Aussicht auf dingliche Surrogation gemäß § 774 (mit 412 und 401) zerstört hat. Das aber trifft offenbar nicht zu, wenn der Gläubiger die Grundlage für diese Aussicht, nämlich die Hypotheken, zwar nimmt, aber unmittelbar darauf wieder ersetzt.

Wir legen also die Vorschrift des § 776 restriktiv aus und entscheiden dahin, daß der Bürge nicht frei geworden, durch die Ersatzbeschaffung vielmehr erneut verpflichtet worden ist.

Freilich auch dieses Ergebnis ist, wenn wir es überlegen, nicht unbedingt angemessen. Es ist denkbar, daß der Ersatz, den der Gläubiger geschaffen hat, nicht vollwertig ist; — dieser Gedanke ist gerade auch in dem von uns gesetzten Fall zu beachten. Es macht nämlich ein Unterschied, ob der Bürge den Gläubiger vor oder nach Bestellung der Gesamthypothek von 15000 M. befriedigen würde. Würde er ihn nämlich nach Bestellung der einen Gesamthypothek von 15000 M. in Höhe der verbürgten 10000 M. befriedigen, so würde er mit der nunmehr auf ihn über-

gehenden[1]) Teil-Gesamthypothek von 10000 M., da diese der restierenden Gläubiger-Teil-Gesamthypothek von 5000 M. im Range nachstände[2]), möglicherweise erheblich ungünstiger gestellt sein, als wenn er den Gläubiger vor Bestellung der Gesamthypothek befriedigt und dann also eine selbständige Einzelhypothek von 10000 M. erworben hätte, welche hinter keine Gläubiger-Teil-Hypothek von 5000 M. hätte zurücktreten müssen (weil die Hypotheken noch nicht vereinigt waren).

M. a. W.: Die Aussicht auf eine Surrogation gemäß § 774 ist durch die Aufgabe der Einzel-Hypotheken und die nicht vollwertige Ersatzbeschaffung ungleich geworden. Im ersteren Fall ist sie höher zu werten, — die Surrogation würde eine verhältnismäßig günstige sein; im zweiten Fall niedriger, — die Surrogation würde ungünstiger sein für den Bürgen. Billig erscheint es daher, daß der Bürge in Höhe des ihm drohenden und aus einer Vergleichung der Lagen (vor und nach Ersatzbeschaffung) erhellenden Nachteils frei werde.

Es wäre andererseits aber zu weitgehend, wollte man ihn ganz, also auch insoweit, als der Ersatz gleichwertig war, für befreit erklären. Insoweit vielmehr wird der Bürge wiederum verpflichtet.

(Daß übrigens der Nachteil wirklich eingetreten ist und also nicht nur in Aussicht steht für den Fall, daß der Bürge den Gläubiger befriedigen würde, ist nicht erforderlich; § 776 setzt ja auch nicht voraus, daß der Bürge den Gläubiger wirklich befriedigt hat. Der nur in Aussicht stehende Nachteil ist — darin liegt freilich eine nicht geringe Schwierigkeit — mutmaßlich abzuschätzen).

Eine andere Entscheidung widerspräche unseres Erachtens dem Sinne des § 776[3]).

---

1) Vergl. § 774 Satz 1 BGB.

2) Vergl. § 774 Satz 2 BGB.

3) Vergl. auch unten die Entscheidung unter c.

Man wendet ein: Wenn der Bürge erst (durch Aufgabe der Hypotheken) befreit, dann aber — durch die Ersatzbeschaffung des Gläubigers —, soweit sie vollwertig war, wiederum neu verpflichtet sein soll, so konnte diese Neuverpflichtung, um wirklich gültig zu sein, nicht ohne Beobachtung der Form des § 766 vonstatten gehen. Und es entsteht die Frage, ob der Bürge hierzu bereit war, der sich erst völlig befreit sah.

Oder sollte er dazu gezwungen werden können? Weder das eine noch das andere halten wir für richtig.

Wir sind der Ansicht, daß in diesem besonderen Fall die Formvorschrift des § 766 nicht beachtet zu werden braucht. Die vorerwähnte ratio legis in § 776 warnt allzu eindringlich davor, auf einem formalistischen Standpunkt zu beharren. Auch läßt sich immerhin sagen, daß der Grund, der den Gesetzgeber zur Statuierung der Formvorschrift des § 766 veranlaßt hat, im vorliegenden Fall nicht unbedingt zutrifft. Die Formvorschrift des § 766 soll den Bürgen zu einer vorherigen gründlichen Überlegung veranlassen, ehe er ein so gefährliches Rechtsgeschäft eingeht, wie es regelmäßig die Bürgschaft ist.

Im vorliegenden Falle aber ist die Formvorschrift des § 766 jedenfalls einmal schon beobachtet worden und wird den Bürgen zur Überlegung veranlaßt haben. Wenn es sich nun nach Befreiung des Bürgen um eine Neuverpflichtung handelt, die ein dringendes Gebot der Billigkeit ist und zudem auch auf weniger geht, als das erste Mal, so bedarf es dieses Mal der nochmaligen Überlegung und der nochmaligen Formbeobachtung nicht.

Ähnlich denken wir hinsichtlich des Falles, daß ein Bürge der Aufgabe eines Nebenrechts nachträglich zustimmt und dadurch zum Ausdruck bringt, daß er auf den Eintritt seiner Befreiung verzichtet.

Unmöglich kann dieser Verzicht als Neuverpflichtung formbedürftig sein. Und selbst wenn es so wäre, so dürfte

in diesem besonderen Fall die Befreiung des Bürgen gemäß § 776 dennoch unmöglich eintreten. Um allen Bedenken vorzubeugen, wäre es vielleicht zweckmäßig gewesen, wenn der Gesetzgeber hinter die Anfangsworte des § 776 „Gibt der Gläubiger“ die Worte „ohne Zustimmung des Bürgen“ eingeschoben hätte —, ein Zusatz, wie er sich in § 331 Teil I Tit. 14 des Allgemeinen Landrechts findet.

Hierher gehört auch die folgende der unter a) behandelten verwandte Frage.

Reicht die Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach der positiven Bestimmung des § 776 so weit, daß er ein Liegenschafts- oder Mobiliar-Pfandrecht und dergl. auch dann nicht aufgeben darf, wenn nach Aufgabe eines solchen noch sonstige Rechte (z. B. Hypotheken) vorhanden wären, welche die Befriedigung des Bürgen voraussichtlich auch noch vollständig sichern würden?

In § 776 wird nicht unterschieden, ob die Aufgabe der Hypotheken oder dergl. unter jenen Umständen erfolgt. — Lege non distinguendo, distinguere nec nostrum est. — Und doch meinen wir, auch solchenfalls wiederum die Vorschrift des § 776 restriktiv interpretieren zu müssen. Der Bürge wird also — so entscheiden wir — nicht befreit. Der entgegengesetzten Ansicht von Seyfferth[1]) vermögen wir nicht beizupflichten. Freilich hat der Bürge nach Aufgabe eines Nebenrechts, dem noch eine zweite Sicherung zur Seite stand, nicht mehr die Aussicht auf den Erwerb zweier (oder mehrerer) Nebenrechte — gemäß §§ 774 mit 401 (412), zwischen deren Verwertung er nach ihrem Erwerb hätte wählen können. Aber vorausgesetzt, daß jedem der Nebenrechte die gleiche Güte und ausreichende Verwertungskraft zuzuschreiben ist, so wird man das Wahlrecht für bedeutungslos erachten müssen und keine Schädigung des Bürgen annehmen dürfen; — und schließlich: minima non curat praetor.

---

1) Vergl. Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, S. 15.

II. Im § 776 handelt es sich um eine gesetzliche Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen. Im § 777, dessen kurze Besprechung wir noch einschieben wollen, haben wir es nur mit einer gewillkürten Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen zu tun:

Hier, im § 777, wird gesagt: „Hat sich ein Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt", das heißt für den Gläubiger nichts anderes als: „Liegt es ihm (dem Gläubiger) auf Grund des Bürgschaftsvertrages ob, rechtzeitig gegen den Schuldner vorzugehen[1]), (und bei dessen Insolvenz dann gegen den Bürgen), andernfalls der Bürge frei werden soll".

Was heißt „rechtzeitig"? Muß der Gläubiger den Bürgen (nach erfolgter Angehung des Schuldners) innerhalb der von ihnen vereinbarten Frist in Anspruch genommen haben, oder muß die Inanspruchnahme nur alsbald (oder sofort) nach Ablauf der Frist erfolgen? Dies ist, mangels einer ausdrücklichen Regelung durch die Parteien, oft zweifelhaft. Hier greift das Gesetz ein und entscheidet die Frage im letzteren Sinne — also zu Gunsten des Gläubigers. Mehr als eine Auslegungsregel wird durch die Bestimmung des § 777 im wesentlichen nicht gegeben. Vielleicht ergibt sie sich schon aus den Bestimmungen der §§ 133 und 157. Die selbständige gesetzliche Statuierung einer besonderen Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen bedeutet die Vorschrift nicht.

Es ist nichts besonderes, daß Gläubiger und Bürge die Übernahme irgend einer Sorgfaltsobliegenheit vereinbaren können[2]). Nur die Vorschrift des § 776 wird für uns im folgenden von Interesse sein.

---

1) Insofern also in der Wahrnehmung seiner Rechte gegen den Schuldner Aufmerksamkeit — Sorgfalt — zu üben.

2) Vergl. oben.

§ §.

Der singuläre Charakter der Vorschrift des § 776 BGB.

Uns gilt es, vorerst den Charakter der Vorschrift des § 776 festzustellen.

Sie enthält — um es gleich zu sagen; nach allem Vorhergehenden fällt es nicht schwer — ein singuläres Recht; § 776 ist ein singulärer Rechtssatz, — eine Behauptung freilich, die uns des eingehenderen Beweises noch nicht enthebt.

I. Was zunächst wird von uns unter dem nicht überall gleich gedeuteten Begriff „singuläres Recht" verstanden?

„Ius singulare est, quod contra tenorem rationis iuris propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est" — so lautet die überall zitierte Definition des Paulus in l. 16 de legibus I, 3.

Auch wir wollen diese Definition unseren folgenden Ausführungen zu Grunde legen.

1. Das erste Merkmal in ihr, daß singuläres Recht „contra tenorem rationis iuris" eingeführt sei, ist vornehmlich zu beachten.

„Ratio iuris" läßt sich wiedergeben durch den Ausdruck „höheres allgemeines Rechtsprinzip"[1]). Tenor rationis heißt nicht mehr, als Gehalt, Inhalt des allgemeinen Rechtsprinzips.

Eine Gesetzesbestimmung nun kann dem Gehalt des höheren allgemeinen Rechtsprinzips konsequent sein, — kann sich als logischer Ausfluß jenes Prinzips darstellen. Dann ist gegeben, was die Römer mit ius commune bezeichnen; für das Deutsche paßt die von Hölder[2]) gebrauchte Bezeichnung „prinzipmäßiges Recht".

---

1) Vergl. Unger, System des Österr. allgem. Privatrechts Bd. 1 § 10 Anm. 3 (S. 63).

2) Vergl. Hölder, Pand. § 13.

Es ist auch denkbar, daß eine Gesetzesbestimmung, unter Berücksichtigung besonders gearteter Fälle, dem allgemeinen Rechtsprinzip folgewidrig und mit dessen Gehalt nicht vereinbar erscheint.

Dann eben haben wir es mit singulärem Recht, oder, um im Sinne Hölders zu sprechen, mit prinzipwidrigem Recht zu tun; — ius, quod contra tenorem rationis iuris receptum est.

(Der Hölder'sche Ausdruck „prinzipwidriges und prinzipmäßiges Recht" dürfte sich für das Deutsche mehr empfehlen, als die seit Windscheid[1]) vielfach verwendete Bezeichnung „regelwidriges und regelmäßiges Recht". Es soll wohl beidemale das gleiche ausgedrückt sein; doch „Prinzip" und „Regel" sind in Wirklichkeit zwei Verschiedenes bedeutende Begriffe: „Regel" und „regelmäßiges" ist etwas nur Äußerliches, die Bezeichnung für einen Komplex von Erscheinungen in der Außenwelt, denen etwas Ordnungsmäßiges und Wiederkehrendes — wie wir nicht selten meinen — rein zufällig eigen ist. „Prinzip" dagegen ist ein Inneres, die Bezeichnung für etwas von Menschen Ersonnenes, dem inneren Wesen der Dinge ordnungsmäßig Angepaßtes. Ein Gesetzbuch nun kann durch Rechtssätze zwar „Regeln" statuieren[2]), aber die Rechtssätze können nicht Ausfluß einer höheren allgemeinen „Regel", sondern nur Ausfluß eines höheren allgemeinen „Prinzips" sein).

2. Daß das prinzipwidrige, das singuläre Recht, „auctoritate constituentium" introductum est, wie es am Ende der Definition des Paulus heißt, unterscheidet es in keiner Weise vom prinzipmäßigen Recht, vom ius commune.

Jene Worte bedeuten nämlich nach fast allgemeiner Ansicht nichts anderes, als daß ius singulare, wie jedes andere Recht, durch die „jeweils zur Konstituierung von

---

1) Vergl. Windscheid, Pand. § 29.

2) Vergl. z. B. § 195 BGB.

Rechtssätzen berufene Autorität", also durch die (jeweilige) gesetzgeberische Gewalt zur Entstehung gelangt.

Aber Paulus tut, meinen wir, nichtsdestoweniger Recht daran, die Worte seiner Definition einzufügen. Es sollte damit der Bildung der irrtümlichen Auffassung vorgebeugt werden, daß dem ius singulare und seiner Entstehung in subjektiver Beziehung etwas besonderes eigen sei.

Wir wollen es uns versagen, an dieser Stelle auf die abweichende Ansicht von Scharlach[1]) einzugehen. (Ius singulare sei nur das von den klassischen Juristen eingeführte Recht; ebendies sei aus jenen Worten „auctoritate constituentium introductum" zu entnehmen)[2]).

3. In ähnlicher Weise ist auch das zweite Merkmal in der Definition des Paulus, welches wir endlich zu besprechen haben, zu werten.

Die Einführung aus Utilitätsgründen —, introductio „propter aliquam utilitatem", wie es bei Paulus heißt —, ist ebenfalls nichts dem ius singulare speziell Eigentümliches. Darauf wird mit Recht von Brinz[3]) hingewiesen. Auch hier wird Mißverständnissen vorgebeugt. Man soll nicht glauben, daß das „contra tenorem rationis" (jenes erste Merkmal in der Definition, das wir mit „prinzipwidrig" übersetzt haben[4])) andeuten wolle, singuläres Recht sei ein utilitätswidriges, ein „fremdartiges" oder gar ein „irrationelles" Recht.

Ius singulare wie ius commune verdanken ihre Entstehung gleichen Utilitätsgründen. Nicht also, als ob jenes vernunftswidrig und den Grundsätzen der Billigkeit wider-

---

1) Scharlach im Arch. f. Ziv.-Pr. Bd. 62 S. 438 ff.

2) Vergl. darüber in einem anderen Zusammenhange unter § 11 1, 2b der Darst.

3) Vergl. Brinz, Pand. I S, 112.

4) Vergl. oben.

sprechend sei[1]); nicht auch als ob jenes, wie Savigny[2]) sagt, auf „fremdländischem Gebiet", dieses dagegen auf dem „reinen Rechtsgebiet" entsprungen sei. „Dieselbe Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Gunst, Gemeinnützigkeit, die das einemal zum Prinzip führte, hat ein anderes Mal die Ausnahme verursacht. Deshalb dürfen ius aequum und ius strictum mit ius commune und ius singulare nicht verwechselt werden"[3]).

4. Nach alledem ist das Hauptgewicht, um zusammenzufassen, auf das erste Merkmal in der Definition des Paulus zu legen —, die Prinzipwidrigkeit.

In diesem Sinne tragen wir kein Bedenken, uns der h. M. anzuschließen, die den Begriff des singulären Rechts kurz folgendermaßen definiert. Singuläres Recht ist dasjenige Recht, das „ein allgemeines Rechtsprinzip für besonders geartete Fälle durchbricht"[4]). Daneben behält die noch genauere Definition des Paulus ihren Wert — dies anzuzweifeln, wie es neuerlich geschieht, liegt, meinen wir, kein Grund vor.

Das allgemeine Rechtsprinzip, das durchbrochen wird, ist selbstverständlich nicht immer in einer positiven Gesetzesbestimmung unmittelbar auffindbar und zum Ausdruck gebracht. Möglicherweise wird es vielmehr nur zwischen den Zeilen des singulären Rechtssatzes selbst, aus dessen Entstehungsgeschichte und dergl. (mittelbar) zu erkennen sein.

II. Enthält also die Bestimmung des § 776 singuläres Recht? —

---

1) a. A. Dernburg; darüber wird zweckmäßiger in einem anderen Zusammenhang noch gesprochen werden; vergl. § 11 I, 2a der Darst.

2) a. a. O. S. 61.

3) So wörtlich Brinz a. a. O.

4) Vergl. Enneccerns i. s. Lhb. I, 1 § 44 I, 1; ferner Thöl, Einl. z. Deutsch. Priv.-R. § 39; Windscheid, Pand. § 29; Böcking, Einl. in Pand. § 94; Ihering, Geist des röm. R. II § 39 Anm. 494; Wächter, Hdb. d. württb. Pr.-R. § 3.

Vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, unter der Herrschaft des gemeinen Rechts, war — nach der jedenfalls weitaus überwiegenden Meinung — eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen Rechtens[1]), wenngleich ein sich dahin klar aussprechender Rechtssatz nicht bestanden hat.

Bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches wollte man die Frage nicht mit Stillschweigen übergehen. Es wurde gegen Ende der Vorschriften über das Bürgschaftsrecht die Bestimmung des § 776 aufgenommen; man statuierte darin ausdrücklich eine Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, aber keineswegs eine allgemeine Sorgfaltsobliegenheit; in den Motiven heißt es vielmehr, daß „der Entwurf eine Sorgfaltspflicht des Gläubigers in Übereinstimmung mit dem älteren römischen Recht gänzlich verneine — bis auf die im § 679 enthaltende Bestimmung, daß . . .“. Im Entwurf § 679 (d. i. jetzt BGB. § 776) sollte also eine Ausnahmebestimmung gegeben werden[2]).

Die Entstehungsgeschichte des § 776 und ein ihm, als Ausnahmebestimmung, zu entnehmendes argumentum e contrario verweisen uns auf das höhere allgemeine Rechtsprinzip: Prinzipiell soll — nach dem Willen des Gesetzgebers — mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches der Gläubiger nicht veranlaßt sein, auf den Bürgen Rücksicht zu nehmen[3]).

Die Ausnahmen, welche diesem „allgemeinen Prinzip“ inkonsequent sind und es „durchbrechen“, werden

---

1) Vergl. oben § 4 der Darstellung.

2) Vergl. OLG. Hamburg i. Rspr. Bd. 20 S. 242: „§ 776 enthält, wie seine Entstehungsgeschichte klar beweist und von Rspr. und Literatur beständig hervorgehoben wird, eine Ausnahmebestimmung (und darf nicht ausdehnend ausgelegt werden)“.

3) Vergl. RG. (Bd. 65 S. 139): „Unser BGB. steht auf dem prinzipiellen Standpunkt, daß der Gläubiger nicht gebunden sei, die Interessen des Bürgen wahrzunehmen“.

auf vereinzelte Fälle beschränkt. Sie werden zugelassen nur für die „besonders gearteten" Fälle der Aufgabe von Sicherungen, wie Vorzuchsrechten, Hypotheken usw. (vergl. § 776), — sollten solche für die schon durch Bürgschaft gesicherte Hauptforderung daneben noch bestellt sein.

Nach alledem waren wir also wirklich berechtigt, am Anfang dieses Abschnitts (§ 8 der Darst.) die Behauptung aufzustellen, es handele sich im § 776 um eine Ausnahmebestimmung singulären Charakters[1]).

II.

Das Problem der Erweiterung und Fortbildung singulärer Vorschriften im Wege der extensiven Interpretation und im Wege des analogischen Verfahrens.

§ 9.

Allgemeines.

Was folgt daraus, daß wir es in § 776 mit einem singulären Rechtssatz zu tun haben?

Mann erinnert sich sogleich der althergebrachten und noch heute in Geltung stehenden Regeln über die Behandlung singulärer Rechtsätze.

„Singularia non sunt extendunda" und „Quod contra tenorem rationis juris receptum, non est producendum ad consequentias"[2]).

---

1) Soweit man sich in der Literatur geäußert hat, ist man der gleichen Ansicht; vergl. Enneccerus i. s. Lhb. I, 2 § 415, IV, 1, welcher unter Anm. 8 noch auf Planck und Örtmann verweist, die gleichfalls der Ansicht seien, daß „in der Vorschrift des § 776 eine singuläre Vorschrift zu sehen sei"; vergl. auch Kramer a. a. O. S. 24 Mitte und S. 31; ferner Kaufmann a. a. O. S. 14.

2) Letzteres — wie schon oben (unter § 4 I, 3 der Darst.) erwähnt — (gleichfalls) ein Ausspruch des Paulus in l. 14 Dig. 1, 3. Vergl. — hier-

Sie alle enthalten ein Verbot, singuläre Rechtssätze zu erweitern.

Aber inwiefern dürfen singuläre Rechtssätze, inwiefern darf die Bestimmung des § 776 nicht erweitert werden?

Die bestimmte Antwort darauf kann ohne weiteres nicht erteilt werden. Wir stehen vor einer Streitfrage, zu der sich bisher im Ganzen und Großen zwei Hauptansichten gebildet haben.

Die erste Hauptansicht geht dahin: Die Erweiterungsverbote bedeuten, daß singuläre Rechtssätze weder im Wege der extensiven Interpretation noch im Wege des analogischen Verfahrens erweitert werden dürfen.

Die zweite Hauptansicht dagegen stellt den Satz auf, daß sich die Erweiterungsverbote auf die extensive Interpretation nicht beziehen, daß vielmehr nur die analogische Anwendung singulärer Rechtssätze verboten sein solle.

Keiner der beiden Ansichten — um es gleich zu sagen — vermögen wir beizupflichten. Wir werden beide zu widerlegen und eine dritte Ansicht zu verteidigen suchen.

Eben dadurch wollen wir dem von uns angestrebten Ziel (auch de lege lata eine weitgehende Sorgfaltsobliegenheit anerkennen zu dürfen[1])) näher gebracht werden.

Hier nun ist es, sowohl um jene beiden Hauptansichten vom theoretischen Gesichtspunkt aus und in ihrer praktischen Bedeutung würdigen zu können, wie besonders auch zur Wiedergabe und Erläuterung unserer eigenen Ansicht, erforderlich, daß wir uns zunächst mit dem Wesen von extensiver Interpretation und Analogie beschäftigen.

Was unterscheidet beide Verfahren von einander; wo setzt das eine Verfahren ein, wo muß das andere Verfahren aufhören? Wie geartet und zergliedert ist vielleicht

---

mit in Übereinstimmung — Julian in l. 15 Dig. 1, 3 und Papinian l. 23 § 3 Dig. 40, 5.

1) Vergl. oben § 6 IV der Darst.

das einzelne Verfahren wiederum in sich selbst? Alle diese und ähnliche, im folgenden § der Darstellung zu behandelnden Fragen[1]) werden späterhin, wie sich zeigen wird, eine wichtige Rolle spielen.

§ 10.

Extensive Interpretation und Analogie.

I. Extensive Interpretation und Analogie sind in mancher Beziehung ununterscheidlich.

Die extensive Interpretation ist eine Art der „logischen" Interpretation[2]). Diese Erwägung führt auf die erste derjenigen wichtigeren Wesenseigentümlichkeiten, welche beiden Verfahren gemeinsam sind.

Beidemale (nicht nur bei der „Analogie") wird *ἀνά λογον*, logisch — secundum rationem — verfahren[3]).

Zudem ist das Verfahren in beiden Fällen (nicht nur bei der sogenannten extensiven Interpretation) rechtserweiternd, „extensiv". Und endlich bildet beide Male den Ausgangspunkt der Operation ein bereits vorhandenes positives Recht.

Anlangend diesen letzteren Punkt ist der Unterschied zwischen Rechtsanalogie und Gesetzesanalogie nicht ohne Bedeutung. Die Rechtsanalogie nimmt bekanntlich ihren Ausgangspunkt von mehreren (bereits vorhandenen positiven) Rechtssätzen. Die Gesetzesanalogie dagegen und die extensive Interpretation gehen — gemeinsam — von einem einzelnen (bereits vorhandenen) Rechtssatz aus. — Dieser Rechtssatz also wird secundum rationem in seinen Voraus-

1) Darüber findet sich in der Literatur verhältnismäßig nur weniges.

2) Im Gegensatz zur „grammatikalen" Interpretation.

3) Inwiefern — wird sich im Einzelnen aus der folgenden Darstellung (unter II) demnächst ergeben.

setzungen[1]) weniger oder mehr über den Wortsinn hinaus erweitert.

Das Verfahren der Rechtsanalogie wird, wie sich späterhin erklären wird, unser Interesse im übrigen nicht in Anspruch nehmen.

II. Bei alledem besteht zwischen Gesetzesanalogie (im folgenden „Analogie" schlechthin genannt) und dem Verfahren der extensiven Interpretation dennoch ein Unterschied (anderer Ansicht z. B. Scharlach[2])); mag es im konkreten Fall auch — insoweit ist wohl Scharlach beizupflichten — nicht immer leicht sein, die Unterscheidung durchzuführen.

Das analogische Verfahren sowohl, wie das Verfahren der extensiven Interpretation lassen sich in die folgenden zwei Verfahrensstadien zergliedern. — Bei einer solchen Teilung kann der Unterschied zwischen beiden Verfahren am leichtesten erkannt und dargestellt werden. —

1. Das erste Stadium ist beidemal die Findung und Entwicklung eines mit dem Rechtssatz, von dem aus operiert wird, in Zusammenhang zu bringenden Prinzips.

Aber das Prinzip, welches gefunden wird, und die Art, wie es gefunden und entwickelt wird, ist jedesmal verschieden. Hier bereits liegt das wichtigste Unterscheidungsmerkmal.

a) Bei dem Verfahren der Analogie zunächst entwickelt der Interpret — den vielleicht im Laufe der Zeit veränderten oder aufgeklärteren Lebens- und Verkehrsverhältnissen entsprechend — ein Rechtsprinzip, welches für den zu einer älteren Zeit lebenden Gesetzgeber vermutlich nicht maßgebend gewesen wäre, wenn er schon damals an jene Tatbestände gedacht oder ihre Tragweite richtig erkannt hätte, auf Grund deren der Richter später — zu einer Zeit

---

1) Die sanctio legis eignet sich nicht zur Erweiterung; darüber noch späterhin.

2) Vergl. Scharlach i. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 62 S. 438; vergl. auch Schuster I S. 113 Nr. 7.

veränderter oder erst jetzt klar erkannter Lebens- und Verkehrsverhältnisse — zu seiner, des wahren Prinzips, Erkenntnis gelangt ist.

In diesem Sinne handelt es sich bei dem analogischen Verfahren, wie Kohler[1]) treffend sagt, um Neubildung und zwar um eine solche durch richterliche Tätigkeit. Aber wir legen Wert darauf, festzustellen, daß eine absolute Prinzipien-Neubildung nicht gegeben ist, insofern nämlich nicht, als die Neuheit der Grundlage fehlt; denn der Richter knüpft an bereits Vorhandenes an; seine schöpferische Tätigkeit besteht, wie noch sogleich erläutert werden wird, (nur) darin, daß er ein bereits vorhandenes Prinzip (zeitentsprechend) erweitert. Eben darum handelt es sich mehr um eine richterliche Prinzipien-Fortbildung, um eine relative Neubildung.

b) Und welches ist das bereits vorhandene Prinzip, das der Richter fortbildet?

Kein anderes, als das für das Verfahren der extensiven Interpretation in Frage kommende.

Hier, bei dem Verfahren der extensiven Interpretation, vergegenwärtigt man sich dasjenige Prinzip, das dem Gesetzgeber wirklich vorgeschwebt hat und für ihn maßgebend gewesen ist — bei Erlaß des zu interpretierenden Rechtssatzes. Es läßt sich hier also nicht sagen, daß der Interpret das Prinzip (relativ) neu gebildet habe. Er hatte das vorhandene Prinzip nur zu erkennen.

Diese Erkenntnis ist meist nicht allzu schwer. Denn in der Gesetzesbestimmung, die interpretiert werden soll, hat der Gesetzgeber auf das für ihn maßgebend gewesene Prinzip meist erkenntlich hingedeutet; oder es gar so gut wie ausgesprochen, wenn auch der Ausdruck ein wenig zu eng erscheint. — Es läßt sich freilich darüber streiten, ob es Sache des Gesetzgebers ist, die ihm vorgeschwebten Prinzipien in

---

1) Vergl. Kohler in Grünhuts Z. Bd. 13 S. 51.

den einzelnen Rechtssätzen auszusprechen und in ihrer theoretischen Entwicklung darzulegen[1]. Je weniger kasuistisch aber, je abstrakter und generalisierender ein einzelner Rechtssatz in seiner Fassung ist, um so weniger wird es einem bedenklich erscheinen, seinen Inhalt selbst als „prinzipiellen Standpunkt des Gesetzgebers" als „Prinzip" zu bezeichnen. — Doch wie dem auch sein mag; selbst wenn es richtig ist, daß der Gesetzgeber in allen Rechtssätzen nur die praktische Spitze des Prinzips zu zeigen, das praktische Resultat, das in Zukunft eintreten soll, zu markieren sucht, so findet sich eben darin doch zum mindesten, wie wir sagten, eine Hindeutung auf das Prinzip — die Quelle seiner Schöpfung. Der Interpret, der das Prinzip sich vergegenwärtigen will, hat also jedenfalls stets einen greifbaren Anhalt in dem betreffenden Rechtssatz.

c) Wir fassen zusammen: Im Anfangsverfahren der extensiven Interpretation sucht sich der Interpret das, wie wir zukünftig sagen wollen, „gesetzgeberische Prinzip" zu vergegenwärtigen. Im ersten Stadium des analogischen Verfahrens aber leistet er mehr; er stellt sich dieses gesetzgeberische Prinzip nicht nur vor Augen, sondern er bildet eben dasselbe noch aus eigener Wissenschaft und eigenem Rechtsgefühl heraus, — wenn auch im Geiste des gesamten bisherigen Rechts —, zeitgemäß fort.

Käme beispielsweise in irgendeinem Fall eine extensive Interpretation des § 776 in Frage, so würde der danach suchende Richter als gesetzgeberisches Prinzip das folgende (in § 776) angedeutet finden (und sich bei seiner Entscheidung davon leiten lassen): Das Gesetz will den Bürgen befreit wissen, wenn der Gläubiger den Wert der Nebenrechte durch positive Handlungen beeinträchtigt. Bei einer zulässigen Erweiterung des § 776 dagegen im Wege der Analogie würde er dieses gesetzgeberische Prinzip zu dem folgenden fortbilden

1) Vergl. Kohler a. a. O. S. 9.

können: Der Bürge soll befreit sein, wenn der Gläubiger, sei's durch positive Handlungen, sei's durch Unterlassen, den Wert der Nebenrechte beeinträchtigt.

Das im Anfangsstadium des analogischen Verfahrens entstehende Prinzip werden wir zukünftig als das durch den Richter fortgebildete, oder besser noch: als das „weitere richterliche Prinzip" bezeichnen, — zur Unterscheidung von dem zu Grunde liegenden „engeren gesetzgeberischen Prinzip".

Schon hier sei erwähnt: Im Hinblick auf Ausnahme- und singuläre Bestimmungen[1]) ist das engere gesetzgeberische Prinzip, und somit regelmäßig auch das daraus erwachsende weitere richterliche Prinzip, wie sich von selbst versteht, ein Ausnahmeprinzip, — ein Prinzip für seltenere Fälle. Es tritt als solches in Gegensatz zum Regelprinzip, d. i. dem ganz allgemeinen höheren Prinzip, das ius commune bedeutet oder erzeugt hat[2])).

Aus der Verschiedenheit der jedesmaligen Prinzipien folgert die Ungleichartigkeit des zweiten (und letzten) Aktes der beiden Verfahren.

2. Er ist, der zweite Akt, das Verfahren der Konsequenz.

Vom Interpreten wird — je nach der Art des gefundenen Prinzips — ein dem engeren gesetzgeberischen Prinzip oder dem weiteren richterlichen Prinzip konsequenter Rechtssatz geformt und in Gedanken aufgestellt (bezw. das Prinzip selbst zum Rechtssatz erhoben). Nach dem Rechtssatz wird alsdann der gerade vorliegende Fall entschieden.

Der Rechtssatz bildet beidemale eine Umformung, eine Erweiterung desjenigen Rechtssatzes, der den Ausgangspunkt der Operation bildet, er geht über dessen Wortlaut beide-

---

1) Vergl. oben § 8 der Darst.

2) Darüber noch im Späteren. Vom höheren allgemeinen Rechtsprinzip war bereits unter § 8 I, 1 und 4 die Rede.

male hinaus, — das einemal aber in weniger auffälliger Weise als das anderemal:

a) Anlangend zunächst das Verfahren der extensiven Interpretation, so wird entsprechend dem engeren gesetzgeberischen Prinzip ein Rechtssatz (in Gedanken) aufgestellt, wie ihn der Gesetzgeber vermutlich selbst hätte aufstellen wollen und wie er ihn aufgestellt zu haben meinte.

Er unterscheidet sich von dem Rechtssatz des Gesetzgebers vorteilhaft durch passendere und sinngemäßere Ausdrucksweise; bildet somit andererseits aber auch nicht mehr, als eine sprachliche Korrigierung seines zu engen Ausdrucks und ist ihm im wesentlichen nicht ungleich.

b) Im Gegensatz hierzu wird bei dem Verfahren der Analogie — entsprechend dem weiteren richterlichen Prinzip — ein Rechtssatz erdacht, dessen Statuierung nicht im Willen des Gesetzgebers[1]) liegt. Ja vielleicht sollte die Statuierung geradezu umgangen werden von dem Gesetzgeber, — wenn man unseres Erachtens auch nicht sagen kann, daß er sie für alle Zukunft einer späteren (Gesetzgebung und) Rechtsprechung verwehren will, dieses deshalb nicht, weil sich die Lebens- und Verkehrsverhältnisse wie -anschauungen im Laufe der Zeit verändern und dann eine Veralterung des gesetzten Rechts mit sich bringen können, die der verständige Gesetzgeber nicht wünschen wird; dieser wird vielmehr im Zweifel — und zwar generell — damit einverstanden sein, daß für solche besonderen Umstände[2]) sogar die Rechtsprechung einen neuen zeitentsprechenderen Rechtssatz im Wege des analogischen Verfahrens aufstelle und diesen, nicht den veralteten, ihrer Entscheidung zu Grunde lege. Darum erscheint es nicht ganz zutreffend, wenn wir oben sagten, der vom Richter aufgestellte Rechtssatz liege

1) Binding und Wach würden sagen: im Willen des „Gesetzes". Wir wollen auf die Streitfrage nicht eingehen; vergl. immerhin Enneccerus i. s. Lhb. I, 1 § 49. S. 111.

2) d. h. also nur als Ausnahme, sekundärerweise.

nicht „im Willen des Gesetzgebers“, oder wenn — was dasselbe bedeutet — im Anschluß an Wächter[1]) und Helfert[2]) bisher ausschließlich gelehrt wird, „das analogische Verfahren gehe über das vom Gesetzgeber Gewollte“ oder „über den Willen des Gesetzgebers hinaus“. Zutreffender wäre es, zu sagen, das analogische Verfahren gehe über den primären Willen des Gesetzgebers hinaus, — über den primären Willen also insofern, als sekundärerweise, wie man annehmen darf, etwas anderes (generell) gewollt ist.

Immerhin, der von dem Richter aufgestellte Rechtssatz fällt — wenn auch nicht (wie oben) fast gleich- so doch andererseits — nicht unähnlich dem Rechtssatz des Gesetzgebers aus. Eine gewisse Verwandtschaft zwischen beiden ist vorhanden. Das ist begreiflich, wenn man sich nochmals vergegenwärtigt, daß der richterliche Rechtssatz Ausfluß eines Prinzips ist, das die Erweiterung desjenigen (Prinzips) bildet, welches für den Gesetzgeber bei Erlaß seines Rechtssatzes maßgebend gewesen ist[3]).

(Aus dieser letzteren Erwägung folgt auch, — es sei hier der Kürze halber eingeschoben —, daß der zweite Akt des analogischen Verfahrens — und damit die Analogie überhaupt — dann nicht zulässig noch denkbar ist, wenn noch der zweite Akt des Verfahrens der extensiven Interpretation — und damit die extensive Interpretation überhaupt — zulässig und denkbar ist; wenn sich also der Rechtssatz, zu dem man gelangt und nach welchem man entscheidet, noch als Ausfluß des gesetzgeberischen Prinzips darstellt, so daß dieses also nicht erst von dem Richter erweitert zu werde brauchte; mit a. W.: Das analogische Verfahren kann erst dort einsetzen, wo das Verfahren der extensiven Interpretation nicht mehr zulässig ist).

---

1) Vergl. Wächter, Württb. Priv.-R. I § 13 Note 2, S. 54.

2) Vergl. Helfert i. d. Z. für Österr. Rechtsgelehrsamkeit 1847 I (S. 98 bis 112).

3) Vergl. oben.

c) Der verwandte bezw. fast gleiche Rechtssatz bildet nunmehr also die Grundlage für die verschiedene Entscheidung, zu welcher der Interpret bei dem analogischen Verfahren einerseits und dem Verfahren der extensiven Interpretation andererseits endlich gelangt.

Hier nämlich trifft er — wie kaum noch gesagt zu werden braucht — eine Entscheidung, die dem Willen des Gesetzgebers vollkommen entspricht; dort dagegen trifft er eine Entscheidung, die im Gesetz überhaupt nicht liegt und von der anzunehmen ist, daß sie dem primären Willen des Gesetzgebers widerspricht; — hier auf Grund einer Rechtsauslegung[1]), dort auf Grund einer Rechtsauslegung und Rechtsfindung[2]).

III. Man könnte versucht sein, zu sagen, das analogische Verfahren unterscheide sich insofern von der extensiven Interpretation, als es „Lücken im Gesetzbuch ausfülle"; während dies von der extensiven Interpretation nicht recht eigentlich gesagt werden könne, denn bei ihr werde ja gerade festgestellt, daß der zu entscheidende Rechtsfall von einer, wenn auch im Ausdruck zu eng gefaßten, Gesetzesvorschrift getroffen, daß also auf keine Lücke gestoßen werde.

Diese letztere Argumentation ist richtig. Aber, anlangend das analogische Verfahren, so füllt auch dieses, wie wir im Anschluß an Zitelmann[3]) sagen müssen, nicht notwendig immer eine wirkliche Lücke aus. „In der Mehrheit der Fälle, in denen gemeinhin von Lücken die Rede ist, handelt es sich in Wahrheit nicht um wirkliche „Lücken", sondern um nicht mehr, als eine gesetzgeberische Rückständigkeit, die der Interpret zu erkennen glaubt. Dieser vermißt im Gesetz für den besonderen Fall, der ihm vorliegt und der vielleicht erst in neuester Zeit praktisch geworden ist, eine entsprechend besondere und von der allgemeinen Regel abweichende Behandlung. — Vorhanden also ist ein (allge-

1) Vergl. auch die Überschrift i. Lhb. v. Enneccerus I, 1 vor § 48.
2) Vergl. auch die Überschrift i. Lhb. v. Enneccerus I, 1 vor § 53.
3) Vergl. Zitelmann im Recht (S. 24 und 7 ff.).

meiner) Rechtssatz, von dem der zu entscheidende Fall getroffen werden würde; insofern also hat das Gesetz keine Lücke. —

Freilich fehlt es nicht an einer den allgemeinen Rechtssatz durchbrechenden Ausnahmebestimmung, deren sanctio legis dem Interpreten für den zu entscheidenden Fall angemessen erscheint und nach welcher er entscheiden möchte. Aber die Voraussetzungen jener Ausnahmebestimmung sind — auch wenn man sie in den statthaften Grenzen extensiv interpretieren würde — nicht gegeben. Hier greift der Richter notgedrungen zu dem Mittel, die Ausnahmebestimmung im Wege des analogischen Verfahrens zu erweitern und verhütet so eine bleibende Rückständigkeit des Gesetzes. — Eine Lücke aber füllt er also wohlverstanden nicht aus.

§ 11.

Die bisher vertretenen Hauptansichten zur Frage nach der Erweiterung singulärer Vorschriften.

Die bisher vertretenen Hauptansichten zu der Frage, ob und inwiefern eine Erweiterung singulärer Rechtssätze zulässig sei, wurden oben unter § 9 der Darstellung skizziert. Wir vermögen nunmehr, auf dieselben im einzelnen einzugehen.

I. Die erste Hauptansicht, welche jede Erweiterung singulärer Rechtssätze verwirft, — sowohl die Erweiterung im Wege des analogischen Verfahrens, wie selbst eine Erweiterung im Wege der extensiven Interpretation —, wird namentlich von Thibaut[1]) und Vangerow[2]) vertreten.

1. Die Erweiterungsverbote[3]) seien — so sagen sie übereinstimmend — in dem Sinne zu verstehen, der am

1) Vergl. Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des röm. R., Altona 1806.

2) Vergl. Vangerow, Pand. I § 24 S. 52.

3) Vergl. oben unter § 9 der Darst. am Anfang (S. 52).

wenigsten von dem bestehenden Recht abweiche; — das sei der Wortsinn.

Nach Thibaut und Vangerow soll demnach nur eine grammatikale Interpretation an singulären Rechtssätzen Platz greifen dürfen.

Wenn die hier in Betracht kommenden Ausführungen im vorhergehenden Abschnitt (§ 10 der Darst.) richtig sind, so ergeben sie die Unhaltbarkeit dieser Ansicht.

Die Ansicht ist zunächst fraglos insoweit zu verwerfen, als nach ihr selbst das Verfahren der extensiven Interpretation für unzulässig erachtet wird:

Die extensive Interpretation forscht — um das in Betracht Kommende in Kürze zu wiederholen — demjenigen nach, was der Gesetzgeber selbst gewollt hat; und hat kein weitergehenderes Ziel, als die zu eng gewählte Ausdrucksweise des Gesetzgebers sinngemäß richtig zu stellen. Sollte man aber verlangen dürfen, daß der Richter seine Entscheidung nicht nach dem strikten und erkenntlichen Willen des Gesetzgebers treffe?

(Weil die Ansicht Thibauts und Vangerows insoweit zweifellos nicht gebilligt werden kann, und ferner dispositionstechnischer Gründe wegen, haben wir kein Bedenken getragen, schon vor ihrer Widerlegung im § 7 der Darstellung den singulären Rechtssatz des § 776 restriktiv zu interpretieren, was nach Thibaut und Vangerow ebensowenig, wie dessen extensive Interpretation statthaft wäre; denn auch das Verfahren der restriktiven Interpretation weicht von dem Wortsinn des betreffenden Rechtssatzes ab).

Im übrigen deckt sie sich, die Ansicht Thibauts und Vangerows, mit der im Späteren alsbald zu besprechenden zweiten Hauptansicht. Was dort gesagt werden wird, würde also auch hier gelten. Es wird auf die späteren Ausführungen verwiesen.

2. Nicht so unhaltbar ist freilich das besprochene Ergebnis, zu dem die genannten Autoren gelangen, wenn man

unter ius singulare etwas ganz anderes versteht, als mit der herrschenden Meinung[1]) Thibaut und Vangerow darunter verstehen.

An dieser[2]) Stelle ist auf die Theorien Dernburgs und Scharlachs einzugehen. — Auch sie vertreten, um es noch ausdrücklich zu sagen, die strenge Ansicht, daß sich die Erweiterungsverbote unterschiedslos auf jede Ausdehnung, insbesondere also auch auf das Verfahren der extensiven Interpretation beziehen[3]). Eine Abmilderung bedeutet es aber, wenn sie für den Begriff des ius singulare — wie (und in welcher Bedeutung) er in den Erweiterungsverboten vorausgesetzt sei — die eigentümlichen folgenden, übrigens von einander abweichenden, Erklärungen geben.

a) Dernburg[4]) zunächst stellt die — wie Regelsberger[5]) immerhin einräumt — geistreiche These auf, es sei zwischen rationellen Sonderrechten und historisch übernommenen irrationellen Rechtssingularitäten oder Anomalieen zu unterscheiden; — nur auf ein ius singulare in letzterem Sinne, auf ein ius singulare, das in diesem letzteren Sinne „contra rationem iuris" („contra tenorem rationis iuris")[6]), also irrationell, vernunftswidrig[7]) sei, dürfe man die Ausdehnungsverbote (insbesondere die lex 14 Dig. 1, 3) beziehen; — nur so gelange man zu einem brauchbaren Ergebnis. Denn wenn

---

1) Diese haben wir oben wiedergegeben und uns derselben angeschlossen (vergl. § 8 der Darst. unter I, 4 auf S. 50).

2) Vergl. oben.

3) Vergl. auch Scharlach a. a. O. S. 439: Der klare Wortlaut des Ausdehnungsverbotes (l. 14 D. 1, 3) untersage beide Arten der Erweiterung singulärer Rechtssätze (und S. 451: Natürlich sei aber die Rezeption einer ähnlichen Ausnahme, wie der des singulären Rechtssatzes, d. h. die gesetzgeberische Konstituierung eines neuen singulären Rechts, nicht ausgeschlossen).

4) a. a. O.

5) Vergl. Regelsberger in Gött. Festgabe für Jhering S. 49 ff.

6) Vergl. wiederum l. 14 und l. 16 Dig. 1, 3.

7) Wir übersetzen anders (!).

es sich, wie gesagt, um bedauerliche Irrationalitäten, um „Rudimente der Vergangenheit“, „die durch Zufälligkeiten gebildet mit dem System nicht stimmen“, handele, so sei es natürlich verwerflich, dieselben irgendwie zu erweitern und fortzuentwickeln.

Wir vermögen dieser Ansicht nicht beizutreten, halten andererseits aber im ganzen auch die eingehende Gegenbegründung, wie sie von Eisele[1]) gegen Dernburg aufgestellt wird, nicht für zweifellos überzeugend[2]).

Eisele macht vor allem geltend, „den von Dernburg sogenannten irrationellen Anomalieen habe ein vernünftiger Grund doch keineswegs immer gefehlt. Man werde im Gegenteil — auch wo man es im einzelnen nicht mehr nachweisen könnte — anzunehmen haben, daß dergleichen Rechtssätze bei ihrer Entstehung auch ihre besonderen mehr oder weniger rationellen Gründe hatten. Dann aber sei es schon unmöglich, in den Worten des Paulus „quod contra rationem iuris receptum est“ das den Dernburgschen Anomalien eigentümliche Merkmal der Vernunftswidrigkeit ausgedrückt zu finden. Das receptum est verweise auf die Zeit der Entstehung des Rechtssutzes, nicht auf die Gegenwart“.

Aber es erscheint unerheblich, ob der betreffende Rechtssatz früher, z. Zt. seiner Entstehung, einmal secundum, nicht contra rationem iuris gewesen ist; — mag man nun diese lateinischen Ausdrücke im Sinne Dernburgs mit „rationell“ und „irrationell“ („durch Zufälligkeiten gebildet“), oder im Anschluß an die herrschende Lehre mit „prinzipmäßig“ und „prinzipwidrig“[3]) übersetzen. Alleine der Umstand, daß der Rechtssatz im Laufe der sich ändernden Zeiten „contra rationem iuris“ geworden oder daß er es geblieben ist und uns jetzt, — gegenwärtig, wo wir als Richter vor die Frage der Erweiterung oder Nichterweiterung des Rechts-

1) a. a. O. S. 131.

2) a. A. Regelsberger a. a. O. S. 50.

3) Vergl. oben § 8, I der Darst. (S. 47 ff.).

satzes gestellt sind, als so geartet erscheint, ist maßgebend und rechtfertigt die Nichtzulässigkeit der Erweiterung, — die Anwendung des Erweiterungsverbotes. Und in solchem Sinne wurde das Erweiterungsverbot erlassen[1]).

Danach spricht auch mehr dafür, das receptum est (in der l. 16 Dig. 1, 3) auf die Gegenwart zu beziehen; wie oft hat nicht das Perfekt im lateinischen Präsenzbedeutung, wie umgekehrt auch dem Präsenz nicht selten Perfektbedeutung zukommt.

Wir würden die lex 16 ein wenig freier, aber sinngemäß etwa folgendermaßen übersetzen: Einen Rechtssatz, der Dir, wenn Du ihn zu interpretieren hast[2]), als contra rationem iuris abgefaßt erscheint (quod contra rationem iuris receptum est), sollst Du nicht . . . . erweitern (non est producendum ad consequentias).

Eisele fährt fort: „Endlich enthielten die Worte: „non est producendam ad consequentias“ ein Verbot. Sie würden aber von Dernburg dahin wiedergegeben, daß die Anomalieen eine Ausdehnung im Wege der extensiven Interpretation und im Wege der Analogie „nicht zuließen“.

Unseres Erachtens sind beide Übersetzungen, die Übersetzung des „non est . . .“ mit „es ist verboten, Du sollst nicht . . .“ (Eisele) oder mit „es ist unzulässig“, „Du kannst nicht“ (Dernburg), gerechtfertigt; — wollte man nicht sagen: „Es ist unzulässig und deshalb verboten“.

„Verbot“ und „Unzulässigkeit“ besagen im ganzen doch dasselbe; das eine ist jedenfalls regelmäßig nicht ohne das andere. Ein „Verbot“ findet seine Berechtigung, seinen Grund in der Unzulässigkeit; — wäre das producendum ad consequentias an singulären Rechtssätzen deren Wesen nach nicht „unzulässig“, so würde man es nicht „verbieten“. —

1) Vergl. auch die sogleich im Text von uns gegebene Übersetzung des Erweiterungsverbotes.

2) Also gegenwärtig.

Andererseits: Ist etwas „unzulässig", so ist es — nötigenfalls — regelmäßig auch verboten.

Zuzustimmen vermögen wir Eisele nur in einem Punkt, — wenn er nämlich darauf aufmerksam macht, daß das „contra" in den Aussprüchen des Paulus (l. 14 und l. 16 Dig. 1, 3) ebensowenig wie unser deutsches „wider" (z. B. in „widerrechtlich") eine bloße Privation („ohne") bedeutet, woraus folgt, daß das contra rationem nicht im Sinne Dernburgs die Bedeutung hat von unrationell („ohne" Vernunft).

Überzeugend dagegen ist die Gegenargumentation von Regelsberger (soweit sie sich nicht auf die Ausführungen Eiseles bezieht), welcher ausführt[1]): Durch Zufälligkeiten gebildete Irrationalitäten, die nach Dernburg ausschließlich in Betracht kämen, seien doch außerordentlich selten, und es sei wenig glaublich, daß nur diese seltenen Erscheinungen dem Paulus und anderen Juristen vorgeschwebt haben, und daß dabei an die weitaus zahlreicheren und wichtigeren Sonderrechte nicht gedacht worden sei.

Regelsberger weist auch mit Recht darauf hin, daß ja dasselbe Ausdehnungsverbot, wie es Paulus in der l. 16 Dig. 1, 3 wiedergegeben hat, beispielsweise von Papinian[2]) im Anschluß an einen Rechtssatz ausgesprochen sei, der zu Papinians Zeit keineswegs zu den „Rudimenten der Vergangenheit" gezählt habe.

Wir vermögen nichts Neues hinzuzufügen.

b) Im Gegensatz zu der Ansicht Dernburgs wird von Scharlach ein in subjektiver Richtung eigentümlicher Begriff des ius singulare aufgestellt.

Scharlachs Ansicht geht dahin, daß „unter ius singulare in den Quellen einzig und allein das durch die römischen Juristen kraft ihres wissenschaftlichen Ansehens aus

1) Vergl. Regelsberger a. a. O. S. 49.

2) Vergl. l. 23 § 3 De fidei comm. libert. 40, 5 (Note 1).

Utilitätsgründen gegen bestehende Rechtsvorschriften eingeführte Recht verstanden werde, daß alle durch einen anderen gesetzgebenden Faktor erlassenen Rechtsbestimmungen aber dem Gebiete desselben nicht angehören, und daß sich darum endlich nur auf ius singulare in diesem Sinne die Ausdehnungsverbote, insbesondere die lex 14 Dig. 1, 3 beschränken".

Die Richtigkeit seiner Behauptung glaubt Scharlach in den Worten der lex 16 de legibus I, 3: ius singulare est, quod contra rationem iuris „propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est" bestätigt zu finden; — vor allem in den Worten „auctoritate constituentium"; denn eben damit solle nichts anderes ausgedrückt sein, als daß das ius singulare seiner Einführung „dem wissenschaftlichen Ansehen der klassischen Juristen" verdanke. Es diene nämlich der Ausdruck „auctoritas" in den Quellen in der Tat vorzugsweise zur Bezeichnung von Ansehen und Geltung auf dem Gebiete der Wissenschaft, werde also ganz in demselben Sinne gebraucht, in dem wir heute von „wissenschaftlicher Autorität" sprechen[1]). Und was alsdann in der l. 16 Dig. 1, 3 mit „auctoritate constituentium" bezeichnet werde, das sei von Papinian (in fr. 7 Dig. 1, 1) direkt mit „auctoritate prudentium", von Julian (in fr. 51 § 1 Dig. 9, 2) mit „auctoritate veterum" ausgedrückt[2]); wie man aber unter „veteres" und „prudentes" die klassischen Juristen zu verstehen habe, müsse man also auch „constituentes" ebenso (mit „Rechtsgelehrte") übersetzen.

Es ist zuzugeben, daß unter den Ausdrücken „veteres" und „prudentes" in den Quellen die „Rechtsgelehrten", — klassischen Juristen, verstanden werden[3]). Die Behauptung aber, daß hieraus und aus dem anderen zu folgern sei, daß

1) Vergl. Scharlach a. a. O. S. 442.
2) Vergl. Scharlach a. a. O. S. 444.
3) Vergl. z. B. Gajus Inst. I § 7.

auch der Ausdruck „constituentes“ diese spezifische Bedeutung habe, erscheint zuweitgehend. — Wir stellen die Gegenbehauptung auf, daß man den Ausdruck „constituentes“, auch wenn er sich in Verbindung mit „auctoritas“ findet, durchaus nicht die gleiche Bedeutung beimessen darf, wie „prudentes“ oder „veteres“; daß „constituere“ („constituentes“) keine andere Bedeutung hat, als „beschließen“, „festsetzen“ und dergl., und so insbesondere die Bezeichnung ist für die „Festsetzung“ von Rechtsnormen, — für die Rechtssatzung[1]). In dem Digestentitel, der von den „Rechtsnormen“ handelt (Dig. 1, 3) — es ist gerade eben der Titel, der auch die zur Erörterung stehende Definition des Paulus (die lex 16 Dig. 1, 3) enthält —, finden sich denn auch, und zwar unmittelbar vor und hinter jener lex 16 (!), mehrere Quellenstellen, in denen der Ausdruck „constituere“ zweifellos in dem von uns angegebenen Sinn (der „Satzung“) verstanden wird. So ist in der lex 3 de legibus von „iura constituere“ die Rede; in lex 8 heißt es: „Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur“. Wir verweisen ferner auf lex 20: Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest; ferner lex 32 § 1: ...., et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum; sowie lex 40: Ergo omne jus aut consensus fecit aut necessitas constituit (aut firmavit constuetudo). — Man vergleiche daneben die Definition des Paulus (lex 16).

Aber auch in Quellenstellen anderer Digestentitel wird „constituere“ in gleichem Sinne gebraucht, z. B. in lex 41 Dig. 28, 5: „Et hoc Tiberius Caesar constituit“. Eisele[2]) zitiert sodann die besonders beachtliche Stelle bei Gajus I, 3ff.: „Lex est, quod populus iubet atque constituit; senatus-consultum est, quod senatus iubet atque constituit; constitutio principis est, quod imperator iubet atque constituit“.

1) Vergl. auch die Vokabularien zu den Digesten.

2) Vergl. Eisele a. a. O. S. 128.

Und wenn es einmal die klassischen Juristen sind, von denen die Rechtssatzung ausgegangen ist, so wird natürlich ebenfalls der Ausdruck „constituere“ gebraucht, wie Scharlach[1]) zugunsten seiner, aber auch durchaus nicht im Widerspruch mit unserer eigenen, sogleich wiederzugebenden Auffassung an der Hand von Quellenbelegen[2]) vorbringt.

„Constituentes“ sind nach unserer Auffassung also: populus, senatus, imperator, prudentes ex auctoritate eius (principis)[3]) ..., kurz alle rechtsetzenden Faktoren; — aber keineswegs nur die prudentes.

Heißt nun die Wortverbindung „auctoritate constituentes“, so kann dies nichts anderes heißen, als die „kraft ihrer gesetzgeberischen Autorität Rechtskonstituierenden“, seis kraft ihrer ursprünglichen, seis — eventuell — kraft ihrer ex auctoritate eius (principis) abgeleiteten gesetzgeberischen Autorität. Für diese (allgemeine) Bedeutung des Ausdrucks „auctoritas“, — dafür, daß demselben keineswegs in den Quellen, wie Scharlach behauptet, ausschließlich die spezifische Bedeutung zukommt von wissenschaftlicher Autorität (der prudentes) —, ließen sich wiederum zahlreiche Quellenbelege anführen. — Wir stehen davon ab[4]).

Wenn Scharlach endlich in der Ausdrucksweise: ius singulare ... „receptum est“ seine Ansicht bestätigt wissen will, da, wie er sagt[5]), nirgends in den Quellen eine Rechtsnorm als „recipiert“ bezeichnet werde, die vom Volk (populus) oder Senat oder Imperator ausgehe („recipere“ vielmehr nur vom Gewohnheits- und Juristenrecht gebraucht werde), so braucht nach einer dem widersprechenden Quellen-

1) Vergl. wiederum Scharlach a. a. O. S. 444.

2) Vergl. Ulpian in fr. 3 § 4 Dig. 26, 1 und Julian in fr. 51 § 2 Dig. 9, 2.

3) Vergl. Sohm, Inst. S. 108 u. Pernice in Jur. Abhandlungen, Festgabe für Beseler (Berlin 1885), S. 50.

4) Verschiedene Beispiele werden von Eisele a. a. O. S. 127 angegeben; vergl. immerhin daselbst.

5) Vergl. Scharlach a. a. O. S. 446.

stelle nicht lange gesucht zu werden. In der soeben zitierten l. 32 § 1 Dig. 1, 3 (Et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum) heißt es weiter: nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, (merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes)[1]).

II. Wir müssen also daran festhalten, daß sich die Erweiterungsverbote auf das prinzipwidrige Recht, d. i. das ius singulare im Sinne der herrschenden Meinung, beziehen, dagegen nicht auf „zufällige Irrationalitäten" (Dernburg) noch auf „Juristenrecht" (Scharlach). Und wir sehen uns somit von neuem vor die Frage gestellt, inwiefern das prinzipwidrige Recht nicht erweitert werden darf.

Die zweite (herrschende) Hauptansicht[2]), der wir uns nunmehr zuzuwenden haben, erkennt an, daß es unhaltbar ist, die Ausdehnungsverbote auf die extensive Interpretation zu beziehen.

Demgegenüber lehrt sie: An singulären Rechtssätzen sei das über den Willen des Gesetzgebers hinausgehende Verfahren — dieser Sinn allein komme den Ausdehnungsverboten zu — unzulässig; — also das analogische Verfahren[3]).

Aber, vorausgesetzt, daß man in besonderen Fällen zu der Auffassung gelangen muß, daß der Gesetzgeber (falls er besser unterrichtet, zu einer späteren Zeit tätig gewesen wäre),

---

1) Vergl. auch Eisele a. a. O. S. 126.

2) In der Theorie besonders nachdrücklich verteidigt von Helfert a. a. O. S. 109, 110 und 98 ff. (übrigens mag darauf hingewiesen werden, daß Helfert unter der Ausdrucksweise „Rechtsanalogie" offenbar jedes analogische Verfahren schlechthin versteht; nicht das, was heute spezifisch darunter verstanden wird); ferner von Brinz, Pand. I S. 111; vergl. auch Wächter, Württb. Priv.-R. Bd. 2 § 24 Anm. 42; Unger a. a. O. § 10 S. 63 und § 13 S. 87; Puchta, Vorles. § 21 a. E.; usw.

3) In der Praxis wird diese Ansicht auch vom RG. vertreten; vergl. z. B. RGE. Bd. 65, 175; Bd. 65 S. 364; Bd. 47 S. 360.

die Rechtsfolge gewollt hätte, von der jetzt zur Frage ist, ob sie durch richterliche Erweiterungstätigkeit, durch Analogie, herbeizuführen ist oder nicht, so darf man auch wohl hier — wie in allen den anderen Fällen, wo es sich nicht um Ausnahmebestimmungen, sondern um analog anzuwendendes Regelrecht handelt — dem Willen des Gesetzgebers die entscheidende Bedeutung absprechen; ohne fürchten zu müssen, daß dadurch die Rechtssicherheit gefährdet wird. Und wir sind sogar der Ansicht, daß der Gesetzgeber für solche besonderen Fälle jene Rechtsfolge gewollt hat; — wenn man ihm auch nur ein generelles Einverständnis unterstellen darf — dahingehend, daß der Richter das gesetzte Recht (in besonderen Fällen, mag es sich nun um Regel- oder Ausnahmebestimmungen handeln) zeitentsprechend fortbilde und so gegen dessen Veralterung Vorsorge treffe[1]).

1. Doch — wendet man von der anderen Seite ein —, man werde zu der Annahme, daß sich die Erweiterungsverbote auf das analogische Verfahren beziehen, insofern geradezu gezwungen, als dieses ja, das analogische Verfahren, neben der extensiven Interpretation (welche, wie gesagt, nicht verboten werde) die nur allein denkbare Erweiterung eines Rechtssatzes bilde. Sollte es also richtig sein, daß auch die Analogie singulärer Rechtssätze nicht verboten werde, so würden die Ausdehnungsverbote bedeutungslos und nichtssagend erscheinen[2]). Unmöglich könne man aber römischen Juristen von der Bedeutung eines Paulus, Julian und Papinian, die in Übereinstimmung ein Ausdehnungsverbot anerkennen, vorwerfen, daß sie damit etwas Nichtssagendes bekunden.

Diesem Einwand gegenüber wollen wir vorläufig nur soviel geltend machen, daß die Erweiterungsverbote möglicher-

1) Vergl. oben § 10 unter II, 2 b der Darst. (S. 59).

2) So insbesondere Brinz a. a. O. S. 111.

weise nur eine gewisse Unterart des analogischen Verfahrens — welche, mag vorläufig dahingestellt bleiben —, nicht aber jede Analogie, für unzulässig erklären wollen. Man nehme einmal an, dies sei zutreffend; dann ließe sich schon nicht sagen, die Erweiterungsverbote seien bedeutungslos.

Und sollte es schließlich nicht zutreffen, so stände dem Fallenlassen und der Nichtbefolgung der Erweiterungsverbote die sich in dem heute in Geltung stehenden Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausgedrückt finden[1]) und nur gewohnheitsrechtlich fortgelten, bei deren erwiesener Unzweckmäßigkeit ein allzu großer Zwang wohl nicht entgegen.

2. Zu einem Teil auch wendet man von der anderen Seite her ein: Der verteidigte Satz „Zwar nicht die extensive Interpretation, doch das analogische Verfahren werde durch die Erweiterungsverbote betroffen", verbiete sich nach dem Wesen vornehmlich des analogischen Verfahrens von selbst.

So lehrt Unger[2]), es gehöre zum Wesen der Analogie, „daß dieselbe nur dort stattfinden könne, wo sich im Gesetz Lücken finden", und argumentiert hiervon ausgehend folgendermaßen: Wenn im Gesetz also eine Regel vorhanden sei, und wenn es von dieser Regel eine Ausnahme gebe, — wie es auch das singuläre Recht im Verhältnis zum regelmäßigen Recht sei —, so dürfe die Ausnahme auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden, da diese anderen Fälle unter die Regel fallen würden.

Unger will also offenbar darauf hindeuten, — und darin müssen wir ihm beipflichten[3]) —, daß in solchen anderen Fällen eine wirkliche Lücke nicht vorhanden sei[4]). Aber hieraus (aus dieser Tatsache der Lückenlosigkeit) hätte Unger

---

1) Anders in einigen anderen modernen Gesetzbüchern.

2) Vergl. Unger a. a. O. S. 63.

3) Vergl. oben § 10 unter III der Darst. (S. 61).

4) Eine Beobachtung, die also schon vor Zitelmann (Lücken im Recht) gemacht worden ist.

nicht folgern sollen, daß das singuläre Recht (als Ausnahmerecht) nicht im Wege des analogischen Verfahrens erweitert werden dürfe; er hätte vielmehr — wie Zitelmann — den Schluß daraus ziehen sollen, daß das analogische Verfahren eine wirkliche Lücke auch garnicht voraussetzt[1]), zumal Ausnahmebestimmungen (die den vielen verschiedenen und eigenartigen Lebens- und Verkehrsverhältnissen gerecht werden sollen) in allen Gesetzbüchern sehr häufig sind, ja tatsächlich vielleicht sogar die Regel bilden, und somit also nach Unger ein sehr beträchtlicher Teil der Bestimmungen unserer Gesetzbücher dem analogischen Verfahren von vornherein entzogen sein würde, ganz ohne Rücksicht darauf, ob bei der einen oder der anderen Ausnahmebestimmung eine Erweiterung im Wege des analogischen Verfahrens wünschenswert erschiene oder nicht.

Da der Ausgangssatz, den Unger seiner Beweisführung voranstellt, nicht für richtig erachtet werden kann, erscheint auch diese selbst hinfällig.

3. Endlich macht man geltend, daß ein analogisches Verfahren vornehmlich dem Wesen des singulären Rechts widerspreche, — insofern nämlich, als eine singuläre Bestimmung in ihrer Eigenschaft als Ausnahmesatz nicht Konsequenz aus einem anderweitigen gesetzgeberischen Rechtsprinzip sein könne, welches dem der Regelbestimmung zu unterstellenden höheren allgemeinen Prinzip entgegengesetzt sei.

Von dieser Ansicht, welche also, kürzer gefaßt, dahin geht, daß singuläre Rechtssätze prinziplos seien, gehen Puchta und Eisele[2]) aus. Sie sagen — unter jener Voraussetzung auch mit Recht —: Da das analogische Verfahren gerade dies notwendig erfordere, daß dem analog zu verwertenden Rechtssatz ein Prinzip zu Grunde liege, — gemeint ist das von uns sogenannte gesetzgeberische

---

1) Vergl. unsere Ausführungen unter § 10, III der Darst.

2) Vergl. Puchta, Vorles. § 21 a. E., und Eisele a. a. O. S. 129.

engere Prinzip, welches die Grundlage für jedes analogische Verfahren bildet[1]) und folglich in der Tat vorhanden sein muß — so sei der prinzip l o s e Ausnahmesatz zur Analogie nicht geeignet. Würde man ungeachtet dessen das analogische Verfahren dennoch einschlagen, so heiße das den singulären Rechtssatz „denaturieren, etwas aus ihm machen, was er nicht sei, noch sein solle“.

Auch hier kommt wiederum alles an auf die Frage, ob der A u s g a n g s s a t z, den Puchta und Eisele ihrer Argumentation zu Grunde legen, für richtig erachtet werden kann.

Unseren früheren Ausführungen ließ sich bereits entnehmen, daß die Frage zu verneinen ist[2]), — daß mithin also die Ausführungen P u c h t a s und E i s e l e s im G a n z e n hinfällig erscheinen.

Singuläres Recht ist — so sagten wir früher einmal — als Ausnahmerecht prinzipwidrig. (Es widerspricht und ist inkonsequent demjenigen allgemeinen höheren Prinzip, welches dem Regelrecht, dem ius commune, zu Grunde liegt[3]).

„Prinzip w i d r i g“ bedeutet nicht dasselbe wie „prinzip l o s“. Warum sollte der Gesetzgeber bei Erlaß von Ausnahme- und singulären Bestimmungen prinzipienlos, ohne Richtschnur sozusagen, gehandelt haben!

Der singuläre Rechtssatz ist nicht ohne Prinzip entstanden. Das ihm zu Grunde liegende „gesetzgeberische Prinzip“ stellt sich freilich als ein Ausnahmeprinzip, als ein Prinzip für seltenere Fälle, dar[4]); aber es ist eben doch ein Prinzip.

4. Wir blicken zurück und stellen fest, daß — unseres Erachtens — auch die Gründe, die von der zweiten Hauptansicht geltend gemacht werden für die von ihr behauptete

1) Vergl. unsere Ausführungen unter § 10, II der Darst.

2) Ebenso Regelsberger a. a. O. S. 53 unten.

3) Vergl. oben.

4) Vergl. oben.

Unzulässigkeit eines jeden analogischen Verfahrens an singulären Rechtssätzen, widerlegbar sind.

Eines freilich bleibt übrig. Wir haben vor Abschluß dieses Paragraphen noch eine kurze Betrachtung anzustellen über das eine singuläre Vorschrift enthaltende und in diesem Zusammenhange so viel genannte Sc. Velleianum.

Es verbot (ausnahmsweise) den Frauen (und nur diesen) die Übernahme von Bürgschaften sowie Darlehnsaufnahmen zu Gunsten anderer Personen[1]. Das Verbot wurde aber im Laufe der Zeit von der Rechtsprechung auf noch andere Interzessionsarten ausgedehnt[2]. Handelte es sich hier um extensive Interpretation oder um Analogie?

Die Anhänger der zur Erörterung stehenden zweiten Hauptansicht — mögen sie ihre Ansicht so oder so begründet haben — sagen (mit Ausnahme von Savigny[3]): Es könne sich nur um extensive Interpretation handeln, da ja das analogische Verfahren den Ausdehnungsverboten zufolge unstatthaft sei.

Unsere eigene Auffassung geht nicht dahin. Als der Senat das consultum (Velleianum) erließ, meinte er, mit dem Verbot der Bürgschaft und Darlehnsaufnahme den Frauen einen genügenden Schutz zu gewähren. Andere Interzessionsgeschäfte, als die genannten, waren zu der Zeit nicht üblich und vom Gesetzgeber bei Erlaß des consultum nicht bedacht. Aber mit den fortschreitenden Verkehrsverhältnissen änderte sich dieser Zustand. „Teils wie von selbst, teils durch direkte Ersinnung findiger Gläubiger, denen daran lag, das Sc. zu umgehen", entstanden verschiedene neue, bisher nicht gekannte Interzessionsgeschäfte, die den Frauen nicht weniger gefährlich waren, als die durch das Sc. verbotene Bürgschaft und Darlehnsaufnahme zu Gunsten eines

1) Vergl. Dig. 16, 1 l. 2 § 1.

2) Vergl. l. 2 § 4 eodem.

3) Über dessen Erklärung sogleich.

Dritten. Kein Zweifel: Wenn die Rechtsprechung im Laufe der Zeit das Verbot begreiflich auch auf diese neuen Interzessionsgeschäfte ausdehnte und damit also über das vom Gesetzgeber Gewollte hinausging, so handelte es sich nicht um extensive Interpretation, sondern um Analogie[1]).

In der gleichen Weise — auf dem Wege des analogischen Verfahrens — sind noch verschiedene andere singuläre Bestimmungen des römischen Rechts fortgebildet und erweitert worden.

So wurde das Veräußerungsverbot des fundus dotalis (l. 4 Dig. 23, 5 Gajus) im Laufe der Zeit auf den Bräutigam, die Kompetenzbefugnis des Ehemanns (l. 20 Dig. 42, 1 Modestin) auf die Ehefrau ausgedehnt[2]).

Welchen Schluß zieht man daraus?

Savigny[3]), der die Erweiterungsverbote mit der zweiten Hauptansicht auf jede Analogie bezieht, erklärt: In der Praxis hätten freilich die Juristen, wenngleich es „mit ihrem eigenen bestimmt ausgesprochenen Grundsatz in geradem Widerspruch stehe“, die Verbote nicht immer befolgt.

Dieser Widerspruch finde wohl seinen Grund in „der eigentümlichen Stellung der römischen Juristen, welche die Fortbildung des Rechts unmittelbarer wohl in ihre Hände legte, als dieses bei uns angenommen werden könne“ — ein unseres Erachtens wenig befriedigendes Auskunftsmittel.

§ 12.

Die von uns vertretene Ansicht.

III. Nach unserer Ansicht ist aus alledem wirklich denn kein anderer, als der bereits angedeutete Schluß zu ziehen:

Nur eine gewisse Art des analogischen Verfahrens am singulären Recht kann regelmäßig unzulässig — und durch

1) Vergl. auch Regelsberger a. a. O. S. 52.
2) Vergl. Savigny, System d. röm. R. Bd. I § 46 (S. 294).
3) Vergl. Savigny a. a. O.

die Erweiternngsverbote betroffen sein. Im übrigen aber hat man die analogische Anwendung singulärer Rechtssätze, so gut wie deren extensive Interpretation, für statthaft zu erachten; — ein Standpunkt, der dem von Enneccerus[1]) nahe steht und den beiden vorbehandelten Hauptansichten als dritte Ansicht zur Seite gestellt werden kann.

Er bedarf jedoch eingehenderer Begründung und Erläuterung.

Der Kernpunkt, um es gleich zu sagen, liegt bei dem ersten (und wichtigsten) Akt des analogischen Verfahrens, — der richterlichen Prinzipienfortbildung.

(Über das Anfangsstadium des analogischen Verfahrens, dementsprechend sich alsdann das Schlußstadium gestaltet, wurde unter § 10 II, 1 der Darstellung ausführlich gesprochen. Jene Ausführungen sollten auch für das folgende wiederum von Nutzen sein).

Das eventuell fortbildungsfähige, engere gesetzgeberische Prinzip[2]), das dem singulären Rechtssatz zu Grunde liegt, bildet, wie in anderem Zusammenhange bereits einmal gesagt wurde, als principium singulare, als Ausnahmeprinzip, den Gegensatz zum Regelprinzip, d. i. demjenigen allgemeinen höheren Prinzip, das ius commune bedeutet oder erzeugt hat[3]) und dem Ausnahmeprinzip vorgesetzt ist.

Jede Erweiterung des an sich schon gegensätzlichen gesetzgeberischen principium singulare, zu der sich der Richter veranlaßt sieht, würde naturnotwendig einen Einbruch in den Kreis des Regelprinzips, eine Schmälerung des Regelprinzips bedeuten.

Solange nun der Einbruch in den Kreis des Regelprinzips keine wesenszerstörende Wirkung ausüben, d. h. solange dem Regelprinzip seine vorherrschende Stellung vor dem Ausnahmeprinzip nicht genommen werden würde, so-

1) Vergl. unten Fußnote 1 auf S. 80.

2) Vergl. oben.

3) Vergl. oben.

lange es trotz Schmälerung das Übergewicht behielte über das eindringende principium singulare; solange würde die, aus Billigkeitsgründen dem Richter geboten erscheinende, Entfernung und Lossagung vom positiven Recht[1]) nicht einschneidend genug erscheinen. Es würde — mit Rücksicht auf die berechtigten Forderungen eben danach, daß das gesetzte Recht den im Laufe der Zeit veränderten Lebens- und Verkehrsanschauungen des Richterstandes Rechnung trage — unbillig erscheinen, das analogische Verfahren zu verbieten.

Sobald aber eine Erweiterung des gesetzgeberischen Ausnahmeprinzips in dem Maße angestrebt wird, daß es (das Ausnahmeprinzip) die gleiche Bedeutung, wie das Regelprinzip erlangen, oder daß es dessen vorherrschenden Rang selbst gar einnehmen würde[2]), m. a. W., daß man (durch solche Verallgemeinerung des Ausnahmeprinzips) die Rollen vertauschen und dieses, das Ausnahmeprinzip, zum Regelprinzip und das Regel- zum Ausnahmeprinzip machen würde, dann dürfte das analogische Verfahren wirklich einmal dem Willen des Gesetzgebers in jeder Hinsicht widersprechen, und der richterlichen Befugnis der Prinzipienfortbildung — regelmäßig wenigstens — Einhalt geboten sein. Es bestände sonst vielleicht die Gefahr, daß — wie Brinz es ausdrückt[3]) — „der Grundstock des Rechts gegen Überflutung durch die eindringenden Rechtssingularitäten nicht mehr genügend gesichert bleibe“.

Wir fassen das bisherige dahin zusammen: Ein regelzerstörendes und regelanstrebendes, — in diesem Sinne (den singulären Rechtssatz zum Regelsatz) ver-

1) Welche mehr oder weniger jedes analogische Verfahren bedeutet.

2) Dem würde, wie gesagt, der dem erweiterten Ausnahmeprinzip konsequent erdachte Rechtssatz usw. (zweiter Akt des analogischen Verfahrens!, vergl. oben § 10 unter II, 2 der Darst.) entsprechen.

3) Freilich zur Unterstützung seiner Ansicht (jede Analogie sei bei singulären Rechtssätzen unstatthaft); vergl. oben § 11 unter II, 1 der Darstellung.

allgemeinerndes Analogieverfahren soll der Richter nicht einschlagen.

Freilich ein allzu strenges Verbot möchten wir damit nicht aufgestellt wissen; modifizierend fügen wir hinzu: es sei denn, daß besondere Umstände, insbesondere ein dringendes Gebot der Billigkeit, das vielleicht gar von einer größeren Mehrheit als solches bereits anerkannt wird (in zweiter Linie auch Geschichte, Stellung im System usw.) Gegenteiliges rechtfertigen sollten. Dann also müßte außer extensiver Interpretation und der „nicht verallgemeinernden" Analogie selbst doch ein verallgemeinerndes analogisches Verfahren für statthaft erachtet werden[1]).

2. Die Nutzanwendung unserer Ansicht haben wir späterhin im besonderen auf die singuläre Bestimmung des § 776 zu machen. Hier erinnern wir vorerst noch einmal an das Beispiel des Sc. Velleianum.

Es war Regelprinzip, daß gefährliche und darum erst eine gründliche Überlegung erfordernde Rechtsgeschäfte, wie Übernahme einer Bürgschaft und Darlehnsaufnahmen für andere Personen, — wurden sie nur in der gehörigen Form eingegangen —, dem Verkehrsleben durch keinerlei Verbote entzogen sein sollten.

Ein Ausnahmeverbot statuierte für eben die genannten Interzessionsgeschäfte (und nur für diese) das senatus consultum — und zwar zu Gunsten des weiblichen Geschlechts, welches dem Verkehrsleben erfahrungsgemäß weniger über-

---

1) In der Hauptsache, wie es scheint, ebenso Enneccerus i. s. Lhb. I, 1 § 44, 1, 2 (S. 101): „Zu einer allgemeinen analogischen Anwendung seien singuläre Rechtssätze nicht geeignet", sondern nur zu einer Ausdehnung innerhalb des Ausnahmeprinzips. Für jede analoge Anwendung schlechthin, also nicht mit der Beschränkung, daß — um selbst das verallgemeinernde Analogieverfahren einschlagen zu können — ein dringendes Gebot der Billigkeit vorliegen müsse, sind vor Enneccerus schon Römer in der Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 19 S. 29, auch Regelsberger in der angeführten Schrift und Keller, Pand. § 29 Note 3 eingetreten.

legt und geschäftsgewandt gegenüberstand[1]) (engeres gesetzgeberisches Ausnahmeprinzip). Als später neue, bisher nicht gekannte Interzessionsarten üblich wurden, die den Frauen nicht weniger gefährlich waren, bildete sich in der Rechtsprechung ein weiteres richterliches Ausnahmeprinzip, welches man dem Verbot des Sc. ohne Bedenken zu Grunde legte: Für alle Arten von Interzessionsgeschäften des weiblichen Geschlechts schlechthin erachtete man das Verbot fortan für gerechtfertigt[2]).

Nach der von uns vertretenen Ansicht war dieses Verfahren ohne Zweifel zulässig.

Denn es handelte sich fraglos nicht um ein die singuläre Vorschrift des Sc. zu einer Regelvorschrift verallgemeinerndes Analogieverfahren: Das enge gesetzgeberische Prinzip ist zwar erweitert worden, doch ist es sich dabei im Wesen gleich geblieben, — ein Sonderprinzip, ein Frauenprivileg.

Hätte man aber das Verbot beispielsweise auf sämtliche Rechtsgeschäfte — einerlei welcher Art — und ferner auch in subjektiver Richtung, etwa auf alle Minderjährigen, Soldaten ausdehnen wollen, so hätte es sich um ein verallgemeinerndes Analogieverfahren gehandelt.

Ein solches wäre unstatthaft gewesen (wie es denn auch in Wirklichkeit nicht eingeschlagen worden ist); lag doch auch kein dringendes Gebot der Billigkeit vor, welches die Zulässigkeit eines derartigen Verfahrens hätte rechtfertigen können; für andere geschäftsungewandte Personen, als Frauen, gab es andere Schutzbestimmungen; oder es waren mit Rücksicht auf ihre mindere Zahl Schutzbestimmungen nicht dringend erforderlich.

3. Schwierigkeiten, die bei der praktischen Verwertung unserer Ansicht immerhin entstehen mögen, sind unvermeidlich. Doch erscheinen sie uns nicht erheblicher, als in anderen

1) Vergl. l. 2 § 2 Dig. 16, 1.

2) Vergl. auch l. 2 § 4 eodem; und oben § 11 unter II, 4 der Darstellung.

Fällen, wo das subjektive Ermessen des Richters die entscheidende Rolle spielt.

Wann zunächst das analogische Verfahren ein verallgemeinerndes (regelanstrebend oder regelzerstörend) sein würde, wird in concreto meist allzu schwer nicht zu erkennen sein. Freilich, auch hier wird bisweilen — unvermeidlich — der eine der Meinung sein, der Fall (der Verallgemeinerung) würde schon gegeben sein, während nach dem Urteil eines anderen das Gegenteil richtig ist.

Die Erkenntnis erschwert sich jedenfalls auch dadurch, daß im Gesetz nicht selten etwas als Regel dargestellt wird, obgleich in Wirklichkeit die Ausnahmen, d. h. die scheinbaren Ausnahmen, zusammen die Regel bilden (ein Umstand, der vielleicht mit der Äußerlichkeit des Begriffs „Regel"[1]) zusammenhängt).

Größere Schwierigkeiten mag die Frage bieten, ob wirklich einmal ein dringendes Gebot der Billigkeit vorliegt, welches dem Richter gestattet, bewußt — selbst ein verallgemeinerndes Analogieverfahren an einem singulären Rechtssatz vorzunehmen.

Jedes analogische Verfahren, auch das nicht verallgemeinernde Analogieverfahren rechtfertigt sich regelmäßig aus dem Gedanken der Billigkeit. Will man das verallgemeinernde Verfahren einschlagen, so muß das Gebot der Billigkeit, wie gesagt, ein „dringendes" sein; es dürften keinerlei Gegengründe geltend gemacht werden — sei es denn, daß diese, die etwa geltend gemachten Gegengründe, sämtlich widerlegbar sind.

Die Frage läßt sich nur von § zu § unter Berücksichtigung der jeweils gegebenen besonderen Verhältnisse erörtern und entscheiden[2]).

---

1) Vergl. oben.

2) Im Hinblick auf die singuläre Vorschrift des § 776 wurde sie in einem früheren Abschnitt der Darst. behandelt — und bejaht; vergl. auch Fußnote 3 auf S. 83.

Wenn aber im besonderen Fall einmal die Erkenntnis gereift ist, daß Analogie an dem betreffenden singulären Rechtssatz dringend geboten sei, dann darf, um mit Regelsberger zu sprechen, der Richter „nicht durch ängstliche Regeln gehindert sein, die Frucht zu pflücken und der moderner gewordenen Anschauung Ausdruck zu geben“[1]).

III.

Die Nutzanwendung unserer Ansicht auf die singuläre Bestimmung des § 776 BG.

Wenn unsere vorgehenden Ausführungen zutreffend sind, so ergibt sich aus ihnen die unseres Erachtens allein richtige Art der Lösung — bei der Frage, ob sich eine weitgehende, vielleicht gar eine allgemeine, Sorgfaltsobliegenheit aus dem heute geltenden Recht herleiten läßt.

Auch die Bestimmung des § 776, so dürfen wir nunmehr sagen, kann und darf, trotz ihres singulären Charakters, durch die Rechtsprechung erweitert werden.

Durch das Verfahren der noch „nicht verallgemeinernden“ Analogie und alsdann der „verallgemeinernden“ Analogie[2]), in zweiter Linie auch durch extensive Interpretation, — welches der drei Verfahren in Betracht kommt, ist Frage des einzelnen Falles —, ist der Rechtsprechung die Möglichkeit gegeben, von Fall zu Fall eine über § 776 weit hinausgehende Sorgfaltsobliegenheit, ja vielleicht eine ganz allgemeine Sorgfaltsobliegenheit[3]), als Rechtens anzuerkennen;

---

1) Vergl. Regelsberger a. a. O. auf S. 58; vergl. auch seine Ausführungen auf S. 56.

2) Vergl. § 12 der Darstellung.

3) Vorausgesetzt also, daß deren Wiedereinführung wirklich ein dringendes Gebot der Billigkeit ist; vergl. zu dieser auch von uns verteidigten Ansicht die Ausführungen in § 6 unter II der Darstellung, sowie demnächst unter § 14, 2 der Darst.

ohne daß es eines neuen durch die gesetzgebenden Faktoren eigens erlassenen Rechtssatzes bedürfte.

I. Beschäftigen wir uns im einzelnen zunächst mit dem an der Vorschrift des § 776 vorzunehmenden Erweiterungsverfahren der extensiven Interpretation.

Das hierfür in Betracht kommende (engere) gesetzgeberische principium singulare[1]) ist durch die Bestimmung des § 776 angedeutet: Dem Anscheine nach will der Gesetzgeber dem Bürgschaftsgläubiger eine negative Sorgfaltsobliegenheit[2]) hinsichtlich seiner Nebenrechte aufgebürdet — er will den Bürgen befreit wissen, wenn der Gläubiger den Wert der Nebenrechte durch positive Handlungen beeinträchtigt.

So das gesetzgeberische Prinzip.

Ihm konsequent kann in verschiedenen Fällen auf Befreiung des Bürgen erkannt werden, welche durch den zu eng gefaßten Wortlaut des § 776 nicht getroffen werden. Zur Erläuterung bedarf es einiger Beispiele.

Ein Gläubiger hat sich zur Sicherung seiner Forderung eine Hypothek an dem Grundstück des persönlichen Schuldners bestellen lassen wollen; Einigung, Antragsstellung, wie Erteilung der Eintragungsbewilligung, sind bereits erfolgt. Bevor aber die Eintragung selbst von dem Grundbuchamt vorgenommen wird, verzichtet der Gläubiger (unter Zustimmung des Eigentümers und unter Stellung der entsprechenden Gegenanträge beim Grundbuchamt) auf die dingliche Sicherung, weil ihm nämlich von dritter Seite her Bürgschaft geleistet wird. — Der Bürge hat sich in dem Glauben verpflichtet, die dingliche Sicherung werde daneben bestehen.

Die Vorschrift des § 776 setzt die Aufgabe einer „bestehenden“ Hypothek voraus. Im vorliegenden Fall aber

---

1) Vergl. oben § 10 unter II, 1 b und c der Darst. (S. 56 ff.).

2) Vergl. § 3 der Darstellung unter 1 a (S. 12).

ist die Hypothek erst in der Entstehung begriffen, — weil noch die Eintragung fehlte. Vor Eintragung hatte der Gläubiger nur eine Hypotheken-Anwartschaft.

Andererseits aber bedeutete doch diese Anwartschaft bereits eine Festigung und Sicherung des Hauptrechts (der persönlichen Forderuug [1])) und sie stand dem Gläubiger neben dem Hauptrecht zu, kann also in solchem Sinne als „Nebenrecht" bezeichnet werden.

Soll man sagen, die Vorschrift des § 776 habe diesen Fall nicht berücksichtigen wollen, — und auf Befreiung des Bürgen nicht erkennen? Wir würden die Entscheidung, wie gesagt, nicht billigen. Es entspricht, meinen wir, dem in § 776 zum Ausdruck gekommenen Gesetzeswillen, wenn man die Beurteilung des Falles auf die Frage abstellt, ob bei einer Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen die Hypotheken-Anwartschaft in gleicher Weise, wie eine bereits bestehende Hypothek, nach den §§ 774 mit 401, 412 BGB. auf den Bürgen übergegangen sein würde, und (wenn man) alsdann, bei Bejahung der Frage — wir bejahen die Frage ohne Zögern, schon deshalb, weil ein Bürge, der den Gläubiger bereits vor Eintragung der Hypothek befriedigen würde, nicht schlechter gestellt sein dürfte, als ein solcher, der den Gläubiger erst nach Eintragung befriedigen würde — den (also in seiner Lage geschädigten) Bürgen für befreit erklärt, wie in den durch § 776 ausdrücklich genannten Fällen.

Freilich, insofern kommen uns Bedenken. Sollte es sich nicht doch schon um eine Erweiterung des § 776 im Wege des analogischen Verfahrens handeln? Wir möchten diese Ansicht nicht vertreten, ohne freilich einem entgegengesetzten Standpunkt entgegentreten zu wollen.

---

1) Vergl. auch Lippmann im Ziv. Arch. S. 109, 231, welcher ein bereits dingliches bedingtes Recht annimmt, ebenso Engelmann i. s. Lhb. § 125 Anm. 28.

Es ist eben, wie wir früher einmal sagten, die Unterscheidung zwischen extensiver Interpretation und Analogie nicht immer leicht durchzuführen und vielfach Frage des subjektiven Ermessens.

Eine extensive Interpretation des § 776 wäre (unseres Erachtens) auch dann gerechtfertigt, wenn im vorstehenden Fall nicht einmal Antrag und Eintragungsbewilligung vorgelegen hätten, sondern nur der (dingliche) Einigungsvertrag; oder wenn gar nur erst der obligatorische contractus de pignore dando zwischen Bürgschaftsgläubiger und persönlichem Schuldner geschlossen wäre, oder dem Gläubiger kraft Gesetzes — z. B. nach § 648 BGB. — ein nur obligatorischer Anspruch auf Pfandbestellung zugestanden, und er diesen obligatorischen Anspruch aufgegeben hätte[1]); ebenso ferner in dem Falle, daß kein bestehendes oder in der Entstehung begriffenes Pfandrecht aufgegeben wird, sondern beispielsweise eine Grundschuld oder das Recht aus einer Vormerkung oder ein zur Sicherheit der Forderung fiduziarisch übertragenes Eigentum (also ein verstecktes Pfandrecht); — Sicherheiten sämtlich, die in § 776 keine Erwähnung gefunden haben, gleichwohl vermutlich aber von dieser Vorschrift betroffen werden sollten.

Wir sind also, um es anders auszudrücken, der Ansicht, daß die Vorschrift des § 776 nur exemplifizieren will (wenn sie nicht mehr als vier Sicherheiten erwähnt[2])) und daß sie sich auf alle zur Sicherung der Forderung bestellten Neben-

---

1) Vergl. hinsichtlich des Anspruchs aus § 648 BG. mehrere gerichtliche Entscheidungen, die den Anspruch als ein „pfandrechtähnliches Nebenrecht (Pfandrechtstitel)“ bezeichnen und die Bestimmung des § 401 — warum dann nicht auch § 776? — auf ihn anwendbar — übrigens scheinbar analog anwendbar — erklären. So OLG. Naumburg i. Rspr. 6 S. 84; OLG. Köln i. Rspr. 17 S. 426; Francke i. Rspr. 02 S. 260; vergl. auch die Kommentare zu § 401 BGB.

2) Vorzugsrechte, Hypotheken, Mobiliar-Pfandrechte, Rechte gegen Mitbürgen.

rechte — sind diese nur als solche anzusprechen[1]) — beziehen soll[2]).

Extensiv zu interpretieren ist endlich auch der im § 776 eine Rolle spielende Begriff des „Aufgebens". Wie gesagt, soll darunter (unseres Erachtens) jede positive Handlung verstanden werden, welche den Wert der Nebenrechte beeinträchtigt. Danach wäre beispielsweise auch in diesem Falle die Befreiung des Bürgen (auf Grund extensiver Interpretation des § 776) auszusprechen, daß der Gläubiger einer durch Hypothek und Bürgschaft gesicherten Forderung in Gemäßheit des § 1180 BGB. eine Forderungsauswechselung ohne Zustimmung des Bürgen vornimmt — eine positive Handlung, welche einer Aufgabe der Hypothek (die für die gegen den Schuldner begründete Forderung bestellt ist) gleichsteht[3]); und ferner in dem Falle, daß der Gläubiger einem anderen dinglichen Wertrechte vor seiner eigenen Hypothek den Vorrang einräumt und dadurch deren Wert — durch eine positive Handlung also — mindert[4]).

Die im vorhergehenden angeführten Beispiele werden genügen, um erkennen zu lassen, daß sich aus der Bestimmung des § 776 schon durch das Erweiterungsverfahren der extensiven Interpretation eine erheblich viel weitergehende Sorgfaltsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen herleiten läßt, als es zunächst nach dem Wortlaut dieses Paragraphen den Anschein hat.

II. Wir kommen zu dem an der Vorschrift des § 776 vorzunehmenden Erweiterungsverfahren der Analogie.

---

1) Vergl. auch E. I § 297; nicht hierher rechnen wir mit Planck das Zurückbehaltungsrecht, auch nicht das kaufmänn. Zurückbehaltungsrecht.

2) Ebenso offenbar Planck zu § 776 Anm. 5. Speziell hinsichtlich der Aufgabe einer Grundschuld; ferner auch Neumann zu § 776 Anm. 6; und hinsichtlich der Aufgabe eines fiduziarisch bestellten Eigentums das OLG. Hamburg i. Rspr. 18 S. 46.

3) Vergl. auch Biermann Bem. 1 zu § 1180 BGB.

4) Vergl. auch die dem § 776 im übrigen ganz entsprechende Vorschrift des § 1165, wo letzteres ausdrücklich gesagt wird.

Das dafür in Betracht kommende weitere richterliche Prinzip[1]) kann, wie wir oben sahen, „nicht verallgemeinernden“ und „verallgemeinernden“ (regelzerstörenden) Charakters[2]) sein.

Als das nicht verallgemeinernde richterliche Prinzip zunächst, bei dessen Zugrundelegung das analogische Verfahren regelanstrebend, regelzerstörend noch nicht wirken würde, erkennen wir das folgende: Der Richter will dem Bürgschaftsgläubiger hinsichtlich seiner Nebenrechte — sollten solche neben der Bürgschaftssicherung noch vorhanden sein — eine Sorgfaltsobliegenheit nach jeder Richtung hin aufgebürdet wissen; er will die Befreiung des Bürgen aussprechen, wenn der Gläubiger, seis durch positive, seis durch negative Handlungen die etwa zur Stütze des Hauptrechts dienenden Nebenrechte in ihrem Werte beeinträchtigt.

Das verallgemeinernde Prinzip umfaßt auch das Hauptrecht (die Forderung des Bürgschaftsgläubigers gegen den persönlichen Schuldner), obwohl dieses in § 776 in keinerlei Weise auch nur erwähnt wird: Der Richter will den Bürgen befreit wissen, wenn der Gläubiger, seis in der Wahrnehmung des Hauptrechts, positiv oder negativ nachlässig verfährt; oder anders ausgedrückt: Nach dem Willen des Richters soll der Bürgschaftsgläubiger veranlaßt sein, die Surrogationsanwartschaft des Bürgen (gemäß § 774, sowie eventuell §§ 401, 412 mit 774 BGB.) in keinerlei Weise zu beeinträchtigen. Die richterliche Sanktionierung eines solchen allgemeinen Prinzips also würde eine Einrückung in die Vorherrschafts- und Regelstellung des gesetzgeberischen höheren allgemeinen Prinzips bedeuten, welches wir im früheren dahin formulierten[3]), daß der Gläubiger auf die Lage des Bürgen nicht Rücksicht zu nehmen habe.

---

1) Vergl. oben § 10 der Darst. unter II, 1a (und c) (S. 55 ff.).

2) Vergl. oben § 12 der Darst. (S. 77 ff.).

3) Vergl. oben § 8 unter II der Darst. (S. 51).

Dem nicht verallgemeinernden (1) und dem verallgemeinernden (2) richterlichen Prinzip konsequent kann in mannigfachen Fällen auf Befreiung des Bürgen erkannt werden, welche durch den Wortlaut des § 776 selbst bei dessen extensiver Interpretation nicht getroffen werden. Auch hier verlohnt es, einige Beispiele anzuführen, die wir weitmöglichst der Literatur entnehmen. Dabei wird sich herausstellen, daß das analogische Verfahren von der Rechtsanwendung vereinzelt bereits, wenn vielleicht auch unbewußt, d. h. in Nichtbeachtung des singulären Charakters des § 776, vorgenommen wurde.

1. Ein Gläubiger, dessen Forderung außer durch Bürgschaft auch durch Liegenschafts- oder Mobiliar-Pfandrechte noch gesichert ist, unterläßt es bei einer durch Verschlechterung der Haftobjekte eingetretenen Gefährdung seines Pfandrechts, von den Abwehrmitteln der §§ 1133, 1134, 1135 oder 1218, 1219 Gebrauch zu machen — im Vertrauen auf die ihm durch Bürgschaft genügend gebotene Sicherung. Die Folge seines passiven Verhaltens ist die völlige Entwertung des Nebenrechts. (Der Fall wird in der Literatur bereits vereinzelt behandelt, mit einer späterhin erwähnten Ausnahme freilich nicht zu § 776, sondern zu der Bestimmung des § 1165 BGB., hier im Hinblick auf die Stellung des persönlichen Schuldners, dem in Gemäßheit der §§ 1164 mit 401, 412 eine Anwartschaft auf den Erwerb aller Nebenrechte des Gläubigers zusteht, und der darum an deren Werterhaltung Interesse nimmt. Was aber zu § 1165 gesagt wird, gilt in gleicher Weise für die ganz entsprechende[1]) Vorschrift des § 776 im Hinblick auf die Lage des Bürgen, der in gleicher Weise wie der persönliche Schuldner an der Werterhaltung der Nebenrechte interessiert ist[2]).

In einem solchen Falle, wie er uns vorliegt, würde von Seiten des Bürgen, den der Gläubiger trotz Entwertung

1) Vergl. oben.

2) Vergl. wiederum §§ 774 mit 401, 412.

der Nebenrechte in Anspruch nimmt, nicht unwahrscheinlich darauf hingewiesen und geltend gemacht werden: Der Gläubiger habe doch, und zwar willentlich, die Entwertung geschehen lassen, — während er durch Anwendung der Abwehrmittel verhindernd hätte eingreifen können. Und es sei nicht mehr als billig gewesen, daß er eingegriffen hätte, wollte er den successionsberechtigten Bürgen späterhin einmal in Anspruch nehmen. Im Grunde genommen bedeute das passive Verhalten des Gläubigers nichts anderes, als einen stillschweigenden Verzicht auf die ihm neben der Bürgschaft zustehende (dingliche) Sicherung, welcher einem ausdrücklichen Verzicht im Sinne des § 776 gleichgesetzt werden müsse. Darum aber sei auf seine (des Bürgen) Befreiung zu erkennen; — wie wenn die Bestimmung des § 776 getroffen wäre.

Wir würden diesen Antrag für durchaus gerechtfertigt halten[1]). Eine analogische Anwendung des § 776 wäre unseres Erachtens am Platze.

Anderer Ansicht freilich erklärt sich ausdrücklich das Reichsgericht in zwei übereinstimmenden Entscheidungen aus dem Jahre 1907 und 1900. Es führt darin an, daß „der Gesetzgeber unter der Aufgabe eines Rechts, die nach § 776 BGB. den Rückgriff des Gläubigers gegen den Bürgen ausschließen solle, nur positive Handlungen, Willenserklärungen, verstanden habe. Bei rein passivem Verhalten des Gläubigers erachte der Gesetzgeber die Befugnis des Bürgen, den Gläubiger zu befriedigen und damit nach § 774 BGB. in dessen Rechte einzutreten, für ausreichend[2])“. „Nach der Sorgfalt, mit welcher bei der Redaktion des Bürgerlichen Gesetzbuchs die anzuwendenden Ausdrücke gewählt seien, sei es ausgeschlossen, die Aufgabe eines Rechts als eine Aufgabe

---

1) Vergl. auch demnächst im Text.

2) Vergl. RG. in RGE. Bd. 65 S. 397; auch in J. W. 1907 S. 237 und im R. Bd. 11 Nr. 2871 und D. J. Z. 1907, 713.

in dem weiteren Sinne aufzufassen, die sich auch im Geschehenlassen äußern könne“[1]).

Wir können nicht bestreiten, daß der (primäre)[2]) Wille des Gesetzgebers eben dahin geht, wie es von dem Reichsgericht, unter berechtigtem Hinweis auf die Motive, angegeben wird.

Aber es handelt sich um das analogische Verfahren, welches wir einschlagen möchten, und dem ja unseres Erachtens der singuläre Charakter der Vorschrift des § 776 nicht entgegensteht(!). Für ein analogisches Verfahren aber ist der Wille des Gesetzgebers (ausnahmsweise) belanglos (die Analogie geht, wie wir früher ausführten, über das vom Gesetzgeber primär Gewollte hinaus).

Mit Recht wohl auch ferner macht Endemann[3]) zu Gunsten des geschädigten Bürgen geltend, daß diesem (dem Bürgen) ein eigenes Recht zur Geltendmachung der Abwehrmittel[4]) nicht zusteht; will der Bürge also den Gläubiger nicht selbst befriedigen (was ihm nicht immer zugemutet werden kann[5])), so muß er wehrlos zusehen, wie das Liegenschafts- oder Mobiliar-Pfandrecht durch Verschlechterung der Haftobjekte völlig entwertet. Und selbst, wenn er dem Gläubiger die drohende oder teilweise schon eingetretene Entwertung glaubhaft anzeigt, — das ist eben auch der Fall nach dem Tatbestand, welcher der Entscheidung des Reichsgerichts in RGE. Bd. 65 S. 396 zu Grunde liegt —, so ist dieser in keiner Weise genötigt, von den Abwehrmitteln Gebrauch zu machen, denn er hat bei seinem passiven Verhalten — nach Auffassung des Reichsgerichts — nicht zu

1) Vergl. RG. in RGE. Bd. 58 S. 428.

2) Vergl. oben unter § 10 II, 2 b der Darst. (S. 60).

3) Vergl. Endemann i. s. Lhb. des Bürgerl. Rechts II, 1 § 120 Anm. 20 (zu § 1165 BGB.).

4) §§ 1133 ff. und 1208 ff.

5) Vergl. § 6 der Darst. unter II (S. 37).

fürchten, daß er seines Rückgriffsrechtes gegen den Bürgen verlustig gehe[1]).

Und schließlich, ob etwas durch ein positives Tun oder durch Unterlassen verursacht wurde, ist doch im ganzen etwas Äußerliches, — das innere Wesen des Geschehnisses nicht Berührendes. Das Wesentliche nämlich in beiden Fällen ist dies, daß die Lage des in die Nebenrechte succedierungsberechtigten Bürgen durch ein mehr oder weniger verwerfliches Verhalten des Gläubigers verschlechtert wurde. Das fordert ein Äquivalent, nämlich die Befreiung des Bürgen[2]).

In einem einzigen Fall übrigens weicht auch das Reichsgericht selbst von seinem prinzipiellen Standpunkt ab.

In einer Entscheidung nämlich aus dem Jahre 1905[3]) spricht es sich dahin aus, daß der Gläubiger um des Bürgen willen selbst durch Entfaltung positiver Tätigkeit Sorgfalt zu üben habe hinsichtlich seines Pfandrechts, wenn er nämlich Kaufmann, und wenn es geboten und üblich sei, daß ein ordentlicher Kaufmann zwecks Werterhaltung seines Pfandrechts die nötigen Vorsichtsmaßregeln treffe.

Freilich mag hier vielleicht wirklich einmal der seltene Fall vorliegen, in dem man die stillschweigende Übernahme einer über § 776 BGB. hinausgehenden Sorgfaltsobliegenheit seitens des Gläubigers dem Bürgschaftsvertrag unterstellen darf; und das Reichsgericht mag aus diesem Grunde — gesagt wird dies in jener Entscheidung freilich nicht — von seinem prinzipiellen Standpunkt abgewichen sein. Will

1) Endemann findet Zustimmung bei Wolff; vergl. Wolff i. s. Lhb. (Sachenrecht) § 150 Anm. 8.

2) In der Praxis vertritt den von uns verteidigten Standpunkt das Bayerische Oberste Landgericht; vergl. auch Entsch. d. Bayr. OLG. Bd. 4 S. 786: Unterlasse der Gläubiger die Geltendmachung einer Hypothek im Verteilungsverfahren in der Zwangsversteigerung der Hypothekenobjekte, so sei dies Unterlassen dem positiven Aufgeben eines Nebenrechts (776) gleichzusetzeu.

3) Vergl. RG. in Seufferts Arch. Bd. 61, 190 und J. W. 1905 S. 720.

man dies nicht gelten lassen, so handelt es sich auch hier in Wirklichkeit um nichts anderes, als um eine analogische Anwendung des § 776 — und zwar um das noch „nicht verallgemeinernde" Analogieverfahren.

Ein anderes Beispiel: Obliegt es dem durch (Bürgschaft und) Pfandrecht gesicherten Gläubiger, im Interesse des successionsberechtigten Bürgen sein etwaiges Absonderungsrecht (hinsichtlich des Nebenrechts) im Konkurse des Hauptschuldners geltend zu machen?

Auch diese Frage würden wir in ähnlicher Weise wie im vorhergehenden behandeln.

2. Erklärt man das „nicht verallgemeinernde" Analogieverfahren für statthaft, so ist es der Rechtsprechung bis zur Anerkennung und Einschlagung des „verallgemeinernden" Verfahren nur ein kleiner Schritt; dies nicht nur, weil die Wiedereinführung einer allgemeinen Sorgfaltsobliegenheit als ein dringendes Gebot der Billigkeit erscheint, — darüber wurde bereits im früheren ausführlich gesprochen —, sondern auch aus logischen Gründen. Man ziehe nämlich in Erwägung, daß eine auf die Nebenrechte verwendete Sorgfalt auch dem Hauptrecht zugute kommt, da dieses durch die Nebenrechte gestützt wird[1]). M. a. W.: Eine Sorgfaltsobliegenheit hinsichtlich der Nebenrechte ist zugleich eine mittelbare Sorgfaltsobliegenheit hinsichtlich des Hauptrechts. Und von der Anerkennung einer mittelbaren Sorgfaltsobliegenheit hinsichtlich des Hauptrechts bis zur Anerkennung einer unmittelbaren Sorgfaltsobliegenheit hinsichtlich des Hauptrechts ist eine Brücke geschlagen.

Einige Beispiele seien wiederum angefügt.

Soll es dem Bürgschaftsgläubiger bei Vermeidung der Befreiung des Bürgen obliegen, seine Forderung (das Hauptrecht) im Konkurse des Hauptschuldners anzumelden?

---

1) Vergl. oben.

— Würde er sich, gesetzt einmal den Fall der Konkurseröffnung über das Vermögen des Hauptschuldners, passiv verhalten im Vertrauen auf die ihm durch die Bürgschaft genügend gebotene Sicherung seiner Forderung, so würde er der auf ihn entfallenden Konkursdividende verlustig gehen und dadurch die Lage des Bürgen verschlechtern, welcher bei rechtzeitiger Anmeldung der Forderung insoweit freigeworden wäre, als der Gläubiger im Verteilungsverfahren gedeckt worden wäre. Es läßt sich im einzelnen Fall beispielsweise auch nicht nachweisen, daß die nicht angemeldete Forderung vermutlich doch leer ausgegangen sein würde[1]). —

Ist dem Bürgschaftsgläubiger zuzumuten, daß er, mag seine Forderung fällig sein oder nicht[2]), ohne grob fahrlässiges oder vorsätzliches Zögern gegen den Hauptschuldner vorgehe, wenn er glaubhaft erfährt, daß sich dessen Vermögensverhältnisse merklich verschlechtern[3]).

— Weil er, gesetzt einmal den Fall, gegen den in Vermögensverfall geratenden Hauptschuldner nicht rechtzeitig vorging, gestaltete sich die Lage des succedierungsberechtigten Bürgen ungünstig (Causalzusammenhang). Und der Gläubiger hätte sich eben dies sagen müssen, daß bei weiterem passiven Verhalten sein Anspruch gegen den Hauptschuldner für ihn, wie eventuell auch für den surrogationsberechtigten Bürgen, wertlos, ein Zwangsvollstreckungsverfahren und dergl. nutzlos werden würde; vielleicht war er gar von dem Bürgen auf die Gefahr aufmerksam gemacht und gebeten worden, einzugreifen[4]); er verhielt sich dennoch passiv (Schuld).

---

1) Vergl. auch ALR. I, 14 § 303.

2) Vergl. auch ZPO. §§ 259, 916 usw.

3) Vergl. Mode, Die Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in Wahrnehmung seiner Rechte, Berlin 1897, § 9 (S. 36 f.); Hasenbalg a. a. O. S. 558; Girtanner a. a. O. S. 474; auch RG. in RGE. Bd. 8 S. 290 und S. 266.

4) Eine Überwachung des Hauptschuldners war ihm durch den Bürgen keineswegs zugemutet.

Soll der durch ein derartiges Verhalten des Gläubigers geschädigte Bürge trotzdem durch diesen in Anspruch genommen werden dürfen? —

(Vorhanden ist übrigens eine gewisse Ähnlichkeit mit dem kürzlich [unter II, 1 am Anfang] besprochenen Fall, hinsichtlich dessen wir das „nicht verallgemeinernde" Analogieverfahren für statthaft erachteten. Dort handelte es sich um die Verschlechterung der einem vertraglichen Pfandrecht des Gläubigers unterliegendem vereinzelten Haftobjekte. Bei der hier vorliegenden Verschlechterung des ganzen hauptschuldnerischen Vermögens aber bedeutet eben dieses, das Vermögen, doch ebenfalls gleichsam das zukünftige Haftobjekt für ein, wenn auch nur in Aussicht stehendes. gesetzliches oder richterliches Pfandrecht, welches bei einer, gegen den unsicheren Schuldner unter normalen Verhältnissen veranlaßten Zwangsvollstreckung, Arrestverfügung oder Konkurseröffnung, an dem Vermögen ganz oder teilweise entstehen würde [als sogenanntes Pfändungs-Pfandrecht oder Konkursbeschlagsrecht]. Warum also diesen Fall anders behandeln, als jenen?).

Oder endlich: Obliegt es dem Gläubiger bei Vermeidung der Befreiung des Bürgen, die ihm vom Hauptschuldner angebotene Leistung anzunehmen?[1]).

— Dafür, daß der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annehmen will, liegt beispielsweise in keiner Weise ein triftiger Grund vor; der Annahmeverzug ist also insofern unentschuldigt[2]). Die Lage des Bürgen droht sich durch die Nichtannahme erheblich zu verschlechtern. —

Sollte man im Hinblick auf die oben behandelten und ihnen ähnliche Fragen und Fälle noch Bedenken tragen, die singuläre Vorschrift des § 776 BGB. im Wege der Analogie

1) Vergl. Prot. II S. 482 ff.; Planck zu § 776 BGB. Bem. 2b.

2) An sich setzt der Annahmeverzug bekanntlich kein Verschulden voraus.

zu erweitern, falls überhaupt ein analogisches Verfahren an singulären Rechtssätzen zulässig ist?

III. Demgegenüber mag noch auf einige Fälle hingewiesen sein, in denen eine analogische Anwendung des § 776 (zwar begrifflich zulässig, aber) vom Standpunkt der Billigkeit aus betrachtet, nicht geboten erscheint und daher vom Richter zu unterlassen ist.

Dahin gehören (generell) zunächst alle die Fälle, in denen die Verschlechterung der Lage des Bürgen nur gar auf eine leichte Fahrlässigkeit oder auf ein schuldloses (wenn auch kausales) Verhalten des Gläubigers zurückzuführen ist[1]).

Als Beispiel diene der folgende Fall.

In den Vermögensverhältnissen des Hauptschuldners tritt eine bedenkliche Verschlechterung ein, ohne daß der, vielleicht vom Wohnort des Schuldners fernab wohnende, Gläubiger davon glaubhaft Kenntnis erhält; dieser unterläßt es auch, nachzuforschen, ob der Schuldner solvent bleibt. Hätte er aber rechtzeitig Erkundigungen eingezogen, so wäre es ihm noch möglich gewesen, sich wegen seiner Forderung aus dem Vermögen des Hauptschuldners zu befriedigen.

Unmöglich kann es dem Bürgschaftsgläubiger bei Vermeidung der Befreiung des Bürgen obliegen, die Vermögensverhältnisse des Schuldners zu überwachen; der Mangel an Wachsamkeit ist ihm nicht als grobe Fahrlässigkeit anzurechnen. In einem solchen Falle, wie er vorliegt, steht es vielmehr bei dem Bürgen, wachsam zu sein, damit er bei drohender Insolvenz des Schuldners von seinem Eintrittsrecht in die Rechte des Gläubigers Gebrauch mache und dann selbst rechtzeitig gegen den Schuldner vorgehe (Hier ist es wirklich einmal angebracht, den Schuldner auf seine Successionsbefugnis gemäß § 774 BGB. zu verweisen — aber auch nur hier[2])), oder gegebenenfalls den Liberierungs-

1) Vergl. auch ALR. I, 14 § 328 und § 6 der Darst. unter II, 2 (S. 37).
2) Vergl. § 6 der Darst. unter II, 1 (S. 36).

anspruch gemäß § 775 BGB. geltend mache. Anders ist dagegen unseres Erachtens der Fall zu beurteilen, daß ein Gläubiger aus Gutmütigkeit gegen den unsicheren und in Verzug geratenen Schuldner nicht vorgeht und wissentlich den Bürgen dadurch schädigt. — Das Verhalten des Gläubigers ist ein vorsätzliches; das Motiv freilich sympathisch. Aber das Motiv darf auf die Stellung des Bürgen nicht von Einfluß sein.

Zu weit dagegen würde es wiederum gehen, wollte man — analog dem § 776 — den Bürgen für befreit erklären, wenn der Gläubiger von der sich ihm bietenden Möglichkeit, den Wert seines Hauptrechts oder seines etwaigen Nebenrechts zu erhöhen, keinen Gebrauch macht[1]). Es erbietet sich beispielsweise der Hauptschuldner, dem Gläubiger zur Sicherung der Forderung (Hauptrecht) eine Hypothek an seinem Grundstück einzuräumen, oder einer bereits vorhandenen Gläubiger-Hypothek den Vorrang vor einer früher gebuchten Hypothek zu verschaffen, der Gläubiger aber schlägt das Anerbieten, wider das Interesse des Bürgen, aus.

1) Die etwaige Anwendung des § 226 oder des § 826 vorbehalten.

Ich versichere an Eidesstatt, daß ich andere, als die angegebene Literatur nicht benutzt und im übrigen die vorstehende Arbeit selbständig, ohne irgend eine fremde Hilfe, angefertigt habe.

Adolf Jeß, Referendar.

Literatur-Verzeichnis.

Abegg, Der Einfluß des benef. cedendarum actionum auf die Haftung des Bürgen. 1896.

Arndts, Pandekten. 14. Aufl. 1889.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht. 3. Aufl. 1913.

Binding, Handbuch des Strafrechts.

Brinz, Pandekten I.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1909.

Crome, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I.

Dernburg, Das Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1915.

— —, Pandekten Bd. 2, 8. Aufl. 1912.

Eisele, Ius singulare und die lex 14 Dig. 1, 3 in Iherings Jahrbuch 23 S. 120 ff.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 1 u. 2. 8 u. 9. Aufl. 1903 bezw. 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1 u. 2. 6. u. 8. Aufl. 1911.

Girtanner, Die Bürgschaft des gemeinen Zivilrechts. 1850.

Graßhof, Ius singulare und seine Bedeutung. 1890.

Geib, Zur Dogmatik des Bürgschaftsrechts. 1909.

Hachenburg, Vorträge. Das Prinzip der Billigkeit und Gerechtigkeit. 1900.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870.

Helffert, Sind Ausnahmen streng auszulegen? In der Zeitschrift für Österr. Gelehrsamkeit. 1847. I S. 98/112 (jetzt: „Für Österr. Rechts- und Staatswissenschaft“).

Hölder, Pandekten.

Ihering, Geist des römischen Rechts II.

Jäger, in Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und -Prozeß Bd. 5 S. 231 ff.

Juristische Wochenschrift, vergl. im Text.

Kaufmann, Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach heutigem Recht. Erlanger Dissertation. 1909.

Kohler, in Grünhuts Zeitschr. Bd. XIII S. 1 ff.

Kramer, Der Schutz des Bürgen bei schuldhafter Behandlung der Hauptforderung durch den Gläubiger. Erlanger Diss. 1907.

Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.

Leonhardt, Beweislast. 1904.

Marcus, Der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers im Recht 1902 S. 456/457.

Mode, Die Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in Wahrnehmung seiner Rechte gegen dritte Personen. 1897.

Mosbacher, Die Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Bürgen. 1913.

Motive zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs Bd. 2 u. 3.

Neumann, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch.

Örtmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. 1910.

Planck, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch Bd. 1, 2 u. 3. 3. Aufl. 1910.

Protokolle der Knmmission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 2 u. 3.

Pulvermann, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Heidelberg 1903.

Recht, Das, (Zeitschrift), vergl. im Text.

Regelsberger in der Göttinger Festgabe für R. Jhering (Ius singulare und die analoge Anwendung) S. 44 ff.

Reichsgericht in RGE., vergl. im Text.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, vergl. im Text.

Regeniter, Die Einrede der Vorausklage. Leipzig 1903.

Savigny, System des römischen Rechts Bd. 1 u. 2.

Scharlach, Das ius singulare des römischen Rechts, im Archiv für Ziv.-Pr. Bd. 62 S. 438 ff.

Schneider, Treu und Glauben im Recht drr Schuldverhältnisse. 1902.

Schneider im Arch. f. Bürg. R. Bd. 25 S. 269 ff.

Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Leipzig 1905.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 1900.

Sokolowsky, Die Mandatsbürgschaft nach römischen und gemeinen Recht. 1891.

Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 1, 2 u. 3. 5. u. 6. Aufl. 1910.

Straus, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Würzburg 1912.

Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts. Altona 1806.

Thöl, Einleitung zum deutschen Privatrecht.

Thur, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1 und 2. 1900.

Unger, Österr. Privatrecht, Bd. 1.

Vangerow, Pandekten.

Windscheid, Pandekten.

Wächter, Württb. Privatrecht, Bd. 1.

Wolff, (Enneccerus), Lehrbuch des Sachenrechts. 2. Aufl. 1913.

Wolff, Privatversicherungsrecht in Holtzendorff-Kohlers Encyclopädie Bd. 1 S. 430.

Zitelmann, Lücken im Recht. Bonner Rektoratsrede 1909.

Zeitschriften, vergl. im Text.

Lebenslauf.

Am 15. November 1892 bin ich, Adolf Johann Ludwig Jeß, auf Gut Stöfs in Ost-Holstein geboren.

Seit Ostern des Jahres 1904 besuchte ich das Kaiserin Augusta Viktoria-Gymnasium zu Plön (Holstein), an dem ich im Jahre 1912 das Abiturientenexamen bestand.

Die ersten zwei Semester studierte ich an der Universität in Lausanne, die ich in der Absicht gewählt hatte, die französische Sprache gründlich zu erlernen, in der ich auch von Hause aus vorgeübt war.

Juristische Vorlesungen hörte ich in Lausanne fast ausschließlich bei deutschsprechenden Professoren. Nebenher besuchte ich Vorlesungen philosophischen und geschichtlichen Inhalts, welche in französischer Sprache gehalten wurden. Von verschiedenartigen Reisen, die ich während der Ferien von Lausanne aus unternahm, erwähne ich zwei Kunstreisen nach Italien, wo ich in Rom — vornehmlich — und in Neapel die Antike, in Florenz die Renaissance studierte. Auch die Bayreuther Festspiele, die ich am Ende meiner ersten Studienzeit besuchte, gehören zu dem Eindrucksvollsten aus meinem Leben.

Im dritten und vierten Semester studierte ich in München und Leipzig bei den Herren Professoren v. Amira, Gareis, Ehrenberg Privatrecht, bei den Herren Professoren Harburger, Brentano, Wach und Stieda öffentliches Recht und Nationalökonomie.

Meine letzte Studienzeit verlegte ich nach Marburg, um mich hier unter Anleitung der Herren Professoren André, Enneccerus, Leonhardt, Wolff (im Privatrecht), Schücking, Traeger, Köppe und Tröltsch (im öffentlichen Recht und in den Staatswissenschaften) für die erste juristische Prüfung und das mündliche Doktorexamen vorzubereiten.

Die erste juristische Prüfung bestand ich am 26. November 1915 in Cassel, das Rigorosum im August 1916 an der Marburger Universität.

Meine Anstellung als Referendar fand ich zunächst in Pinneberg (Holstein).